UNIVERSITÉ DE RENNES. — FACULTÉ DE DROIT

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES FONCTIONNAIRES EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue devant la Faculté de Droit le Vendredi 21 Juin 1935, à 15 heures

PAR

Yves DIVANACH

Avocat au Barreau de Nantes

Licencié-ès-Lettres

JURY :

M. CAVARÉ, Professeur, Président ;
M. PARIS, Professeur ;
M. ROUSSEAU, Agrégé.

RENNES

IMPRIMERIES RÉUNIES (Soc. coopérative), 22, rue de Nemours

1935

LA
RESPONSABILITÉ CIVILE
DES FONCTIONNAIRES
EN DROIT FRANÇAIS

La Faculté n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE RENNES. — FACULTÉ DE DROIT

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES FONCTIONNAIRES EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue devant la Faculté de Droit
le Vendredi 21 Juin 1935, à 15 heures

PAR

Yves DIVANACH

Avocat au Barreau de Nantes
Licencié-ès-Lettres

JURY :

M. CAVARÉ, Professeur, Pr sident ;
M. PARIS, Professeur ;
M. ROUSSEAU, Agrégé.

RENNES
IMPRIMERIES RÉUNIES (Soc. coopérative), 22, rue de Nemours

1935

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

AVANT-PROPOS

Le droit positif français, si l'on entend par ces mots les solutions établies en jurisprudence, soumet la responsabilité des fonctionnaires à un régime spécial.

Libre en principe, la poursuite peut toujours être suspendue par l'acte d'autorité du conflit qui porte l'affaire au Tribunal des Conflits, mi-partie judiciaire, mi-partie administratif, mais où l'équilibre est rompu au profit de l'élément administratif, par la présidence du Garde des Sceaux dont la voix seule décide en cas de partage. Ce Tribunal estime-t-il que l'affaire met en cause l'Administration, il valide le conflit; la procédure faite devant le Tribunal judiciaire est anéantie, et il ne reste plus au particulier qu'à se pourvoir devant les tribunaux administratifs, s'il le juge à propos. Là, les responsabilités échappent à la force obligatoire des textes du Code Civil. Elles s'apprécient uniquement, — c'est un point que l'Etat a toujours maintenu en toute rigueur — en combinant des considérations d'équité et les considérations restrictives de l'intérêt du service. Mesure évidemment mal définie et d'appréciation changeante. Encore y a-t-il des cas où le service échappe à toute responsabilité, lorsque l'acte, suivant la terminologie consacrée, présente les caractères que l'on a renoncé à définir, d'un acte politique ou de gouvernement.

Ce n'est qu'au cas où l'Administration active abandonne son agent aux poursuites, ou si le Tribunal des

Conflits saisi, se refuse à valider le conflit, que la poursuite peut se continuer librement devant la juridiction judiciaire.

Tel est le système, dans ses traits les plus généraux

Son existence pose nécessairement deux questions distinctes, sinon indépendantes; celle de ses causes, celle de ses modalités. La première est d'ordre constitutionnel, le seconde touche spécialement au droit administratif. Une étude d'ensemble de la responsabilité des fonctionnaires doit essayer de répondre à ces deux questions.

La question des causes se pose en premier lieu. Comment se fait-il qu'il y ait un régime spécial de responsabilité pour les fonctionnaires. Les principes du droit public issu de la Révolution Française ne posent-ils pas comme règle fondamentale l'égalité des citoyens devant la loi, la souveraineté de la loi, la suppression des juridictions spéciales, la séparation des pouvoirs. A cette question, la seule réponse possible est, nous semble-t-il, non d'ordre juridique, mais d'ordre historique. Il n'existe, croyons-nous, aucun texte qui justifie la solution admise. Bien au contraire, l'arrêt de 1873, l'arrêt Pelletier, sur lequel repose tout le système actuel, est, nous avons essayé de l'établir, la négation évidente d'une texte catégorique, le décret du 19 septembre 1870. Cette négation se fonde elle-même sur ce que l'on appelle le principe de la séparation des pouvoirs, règle qui n'a gardé du principe d'équilibre formulé par Montesquieu que le nom, et qui n'exprime plus, de l'aveu des auteurs les plus qualifiés, que la supériorité de l'exécutif sur le judiciaire.

En réalité, ce qui explique, sinon justifie le système, c'est que notre organisation constitutionnelle se présente en quelque sorte avec deux plans. Le premier, c'est le plan constitutionnel, au sens étroit, qui comprend l'organisation des pouvoirs publics, leur recrutement,

les règles du régime parlementaire, l'aspect libéral des institutions, celui sous lequel elles se révèlent au grand public.

Derrière ce plan apparent, un plan profond, celui dans lequel sont organisés les services administratifs, dans lequel se sont établies leurs règles de fonctionnement, leurs traditions, leurs prérogatives. C'est le plan qui ne change pas, ou peu, sous les révolutions politiques. Or ce plan a été tracé en l'An VIII, sous le régime le plus autoritaire qui fût jamais, et sur les données revues et simplifiées de notre ancienne monarchie, dont il a gardé l'inspiration. L'Administration doit à cette origine d'être une force qui compose quelquefois, mais qui ne cède à peu près jamais.

C'est la permanence de cette organisation administrative, de type autoritaire et monarchique, qui explique des solutions autrement à peu près incompréhensibles (1).

Ce qui, le 26 juillet 1873, a mis en échec le décret du Gouvernement de la Défense Nationale qui rendait libre la poursuite des fonctionnaires, ce n'est pas tel détail de rédaction du texte, telle intention plus ou

---

(1) « La France républicaine a, en réalité deux constitutions : l'une, celle de 1875, officielle, visible, et qui occupe la presse : elle est parlementaire ; l'autre, secrète, silencieuse, celle de l'An VIII, constitution Napoléonienne qui remettait aux corps administratifs la direction du pays. Les corps administratifs n'ont pas abdiqué, et quand on écrira vraiment notre histoire, leur histoire formera un chapitre fondamental ». D. Halevy, *Décadence de la liberté*, p. 95.

Hauriou a souligné (Dr. Const. p. 127-128), ce dualisme constitutionnel, et exalté les bienfaits qui résultent, selon lui, de la survivance du régime de l'An VIII — Add. Comte de Fels. *Essai de Politique expérimentale*, 1921 p. 92, cité Hauriou. *Ibid.*

moins exactement présumée chez ses auteurs, c'est le poids d'un système, dont le principe de la séparation des pouvoirs n'était que l'expression défensive.

Cette tendance profonde de l'Administration française d'échapper aux lois et de vivre avec ses principes propres s'est révélée, depuis 1873, dans deux faits caractéristiques.

En 1880, elle a fait prévaloir cette définition de l'acte administratif qu'il est celui accompli par le fonctionnaire, dans la ligne de sa fonction, sur celle qu'on lui opposait, d'acte autorisé par la loi.

En 1924, au terme d'une longue élaboration de jurisprudence, elle a affirmé dans des circonstances significatives, qu'à défaut d'un texte spécial, jamais un fonctionnaire n'était responsable envers son service.

Ces données fondamentales, sur lesquelles repose tout le régime de la responsabilité des fonctionnaires, spécialement l'interprétation qui a prévalu du principe de la séparation des pouvoirs, nous nous sommes efforcés de les mettre en évidence, en recherchant dans l'ancien droit, dans le droit intermédiaire, dans le droit antérieur à 1870, et partout où elles se trouvaient, leurs manifestations plus ou moins apparentes, toujours actives et toujours couronnées de succès.

La seconde question que présente une étude de cette nature est celle du régime ainsi créé. Elle est à peu près purement technique, et relève tout entière du droit administratif.

Quand le fonctionnaire est-il responsable? Quand le service? Leurs responsabilités s'excluent ou se cumulent-elles? Quels rapports crée la faute entre le fonctionnaire et le service? Autant de questions délicates que la jurisprudence a traitées avec infiniment de souplesse et dont nous nous sommes efforcés de préciser les solutions et de dégager les principes.

Une telle étude, par les dimensions du sujet, doit se limiter elle-même. Il ne sera question dans ce qui suit, ni de la responsabilité civile des Ministres, ni de celle des agents d'ordre judiciaire. Nous avons de même laissé de côté la responsabilité des instituteurs. Aussi bien, en dehors du cas prévu par l'article 1384, sont-ils exactement soumis au régime des autres fonctionnaires administratifs, auquel ce travail est exclusivement consacré.

I

Ancien Droit

I

ANCIEN DROIT

SOMMAIRE

I. — L'existence d'un régime spécial de responsabilité remonte à l'ancienne Monarchie. Conforme au droit public du temps, il a subsisté dans le droit créé par la Révolution. L'histoire seule peut expliquer ce maintien.

II. — Idée générale qui a conduit l'Ancienne Monarchie à l'établissement de juges spéciaux pour les affaires intéressant la Couronne ou ses agents. Aperçu du développement de ces juridictions.

III. — Le Conseil du Roi.

IV. — Les intendants.

V. — Fréquence des pratiques de dessaisissement.

VI. — Raison de ces pratiques.

VII. — Attitude du pouvoir envers les juges ordinaires.

VIII. — Résistances opposées à ces pratiques.

IX. — Valeur des pratiques suivies.

X. — Les résultats. L'opinion à la fin de l'Ancien Régime. Cahier des Etats Généraux.

I. — JURIDICTION ADMINISTRATIVE ET RESPONSABILITÉ DES FONCTIONNAIRES DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

L'existence d'un régime spécial de responsabilité applicable aux rapports des fonctionnaires avec les particuliers remonte à l'ancienne monarchie.

Ce régime consiste essentiellement dans le dessaisissement des juges ordinaires; dans l'attribution à des juges spéciaux des litiges intéressant la Couronne.

Pratiquement, il assure aux agents publics une complète irresponsabilité; résultat peu surprenant si l'on considère que tel a été le but poursuivi dans son élaboration.

L'intérêt qu'il peut y avoir à en rappeler les traits généraux tient à ce que ces traits se retrouvent dans le régime établi au lendemain de la Révolution, alors que les principes du droit public ont été complètement renouvelés.

Or, s'il est facile d'admettre un régime d'irresponsabilité sous une monarchie absolue; dans le système du droit de la Révolution, un régime d'exception peut surprendre.

Ce droit repose sur les données fondamentales de légalité, de séparation des pouvoirs, d'égalité devant la loi. A première vue, il ne semble pas qu'il doive laisser place à une question de la responsabilité des fonctionnaires, comme question distincte de droit public. Elle doit semble-t-il, être absorbée dans le droit commun.

Pourtant une jurisprudence et une pratique a l'épreuve des bouleversements politiques en ont décidé autrement. La responsabilité des fonctionnaires échappe au droit commun. Plus exactement, elle est conditionnée

par le jeu préalable de règles particulières de droit public. Tel est le fait, si fort que le législateur a été impuissant à y faire échec.

Comment un tel fait se justifie, ou s'explique-t-il ? L'examen des principes du droit de la Révolution et de leur interprétation permet seul de répondre à cette question. Mais cet examen lui-même ne peut se faire utilement sans l'examen préalable des principes du droit ancien. Historiquement et logiquement, le droit public de la Révolution se présente comme une contradiction au droit public de l'ancien Régime. Le rappel des pratiques et des principes de ce droit ancien, en permettant de dégager plus exactement le sens et la portée des principes du droit révolutionnaire, n'est ainsi qu'un des éléments de l'étude du droit actuel.

II. — IDÉE DE LA MONARCHIE DANS L'ÉTABLISSEMENT DE JUGES SPÉCIAUX. — LEUR DÉVELOPPEMENT.

La préoccupation de soustraire aux corps judiciaires les litiges intéressant la Couronne remonte fort loin dans l'histoire de la Monarchie. A une époque où il n'existait pas encore d'administration dans le sens que nous attachons aujourd'hui à ce mot (1), se manifestait déjà la volonté de la Couronne « de maintenir une distinction entre les affaires d'intérêt public et celles d'intérêt privé, et d'en confier l'examen à des autorités différentes (2) ». Une Chambre des

(1) (2) LAFERRIÈRE, *Juridiction administrative*, t. I, p. 189.

Comptes (1), une Cour des Aides (2), des Bureaux de Finances tenus par les Trésoriers de France (3) et diverses autres juridictions moins importantes (4) avaient été créées à partir du XIV[e] siècle, pour connaître des questions financières, fiscales et domaniales, dans lesquelles s'absorbait l'activité administrative du temps.

Ces juridictions ne connaissaient pas seulement des affaires intéressant les services dont le contentieux leur avait été attribué; c'était à elles encore que devaient être portées les actions en responsabilité dirigées contre les agents de ces services, pour faits de fonctions (5).

L'idée qui avait inspiré ces créations est très clairement exprimée par un légiste du XV[e] siècle, à propos de la Chambre des Comptes, dans un mémoire rapporté par Dareste : « Le fait et la juridiction de ladite Chambre des Comptes est plus propre au Roi que n'est le Parlement qui est commun à tout le monde; par quoi s'ensuit que le Roi ne veut pas ni ne doit vouloir qu'elle soit sujette au Parlement; car aussi comme le Roi est sur la communauté et n'est sujet aux lois communes, aussi la juridiction qui est propre à lui, et ne traite nulles choses fors tant seulement celles qui ont aucun regard à son hôtel, doit être non sujette à aucune autre (6). » C'est là, non seulement l'affirmation de

---

(1) (2) (3) (4) Laferrière, *Ib.* p. 140 et s. 145, 146. — Cheruel. *Diction. des Institu. V[is], Chambre des Comptes, Cour des Aides, Bureau.* — Dareste. *Histoire de l'Administration*, I, pp. 342, 349, 350. — Parmi les autres juridictions, il y a lieu de citer les Elections, les Maîtrises des Eaux et Forêts et les Amirautés. *Cf.* Cheruel. *Ib. V[is]*. Elections, Eaux et Forêts, Amiral.

(5) Laferrière. *Ibid.* p. 638, note (1), avec référ. à Dareste, *La justice administrative*, p. 515.

(6) Dareste. *La Justice administrative*, p. 9. — cité par Laferrière, *Jurid. Adm.* I, p. 144.

« l'indépendance de la Couronne à l'égard des compagnies judiciaires (1) », mais celle, d'une portée beaucoup plus grande, de son indépendance à l'égard des lois.

Au XVI[e] siècle, ces juridictions ne suffisent plus aux besoins de la Monarchie. L'unification politique, le développement de la civilisation l'ont conduite à étendre son action à des objets nouveaux, d'ordres divers, sans cesse plus nombreux, et qui débordent des cadres étroits de l'administration des périodes précédentes (2). Toutes ces matières où s'exerce son autorité, et qui intéressent la puissance publique, la royauté se refuse, d'instinct, à en laisser la connaissance aux corps judiciaires (3). Elle en écarte même les anciennes juridictions chargées de la défense de ses intérêts financiers, que la vénalité des charges a éloignées d'elle (4) (5). « Partout où le Roi commande directement ou par ses délégués, il considère l'exécution de ses ordres et les difficultés auxquelles elle peut donner lieu comme relevant de sa propre juridiction, de sa justice retenue ». (LAFERRIÈRE I. 146).

Alors apparaissent et s'organisent ces deux juridictions du Conseil du Roi et des Intendants, que Richelieu portera au siècle suivant, à un si haut degré

---

(1) LAFERRIÈRE. *Ibid.*

(2) LAFERRIÈRE, *Jurid. adm.*, p. 140, 144, 145. — TOCQUEVILLE, *L'Ancien Rég. et la Révol.* pp. 113. 114.

(3) TOCQUEVILLE. pp. 105 et 112.

(4) LAFERRIÈRE, p. 144, 146. Sur les charges érigées en offices. V. OLIVIER-MARTIN, *Précis*, p. 235.

(5) Ces juridictions avaient également montré dans l'exercice de leurs attributions des défaillances graves. En ce qui concerne les Chambres des Comptes, v. DARESTE. *Hist. de l'Adm.* t. I, pp. 355, 363, 368, 373, 374.

de puissance et dans lesquelles s'absorbera désormais, de cette époque et jusqu'à la Révolution, tout le contentieux de l'administration générale de la Monarchie.

En même temps s'établit une pratique qui tend à faire de la responsabilité des agents royaux une responsabilité à part. A côté des juridictions établies par les ordonnances, à la tête des anciennes administrations financières et domaniales, Cour des Aides, Cour des Monnaies, Eaux et Forêts, qui seules peuvent connaître des faits de leurs préposés (1), l'intendant et le conseil étendent leur juridiction propre. Par une intervention constante, ils dessaisissent les tribunaux ordinaires des affaires intéressant les agents administratifs. Ils le font sans texte (2) et par le seul effet de la prérogative monarchique.. La pratique, par sa fréquence même, prend bientôt force de loi. « Puis, le système se développant à mesure que croissait l'autorité royale, on en vint à confondre avec l'intérêt public l'intérêt personnel de tous les fonctionnaires, et à renvoyer au Conseil, par des arrêts d'évocation, toutes les affaires où les agents du Prince pouvaient être compromis (3) ».

Le développement de ces juridictions toutes puissantes et de ce régime d'exception ne se fit pas sans soulever les protestations, parfois vives, des corps judiciaires et des Etats. Il n'est pas inutile d'en retracer les traits principaux, pour montrer les liens étroits qui rattachaient ce système aux principes du droit public de ce temps.

---

(1) (2) LAFERRIÈRE, *Jur. adm.* I, 638, note ; DALLOZ, *Répert.*, v° Mise en jugement des Fonctionn. publ. n° 3. — DARESTE. *Justice administrative*, p. 515. — TOCQUEVILLE. *L'Ancien Régime et la Révol.* p. 108 et s.

(3) LAFERRIÈRE. *Rivalité des Parlements avec les intendants*, p. 34.

III. — LE CONSEIL DU ROI

En créant au XIV[e] siècle un Parlement et une Cour des Comptes détachés de leur Conseil, et en établissant pour diverses matières des juges spéciaux, les Rois de France avaient aménagé l'exercice de leur pouvoir de justice; ils n'avaient porté aucune atteinte à ce pouvoir même (1). En fait, ils continuèrent d'exercer leur juridiction sous des formes diverses et dans des cas assez nombreux (2). Le Conseil qui les assistait dans cette tâche en vint ainsi, sans avoir d'attributions propres, puisqu'il n'existait que par le Roi et pour le conseiller (3), et par une extension de plus en plus large au cours des XIV[e] et XV[e] siècles (4), à « exercer des attributions judiciaires proprement dites », et à représenter « une sorte de Cour de Justice concurrente et supérieure aux tribunaux judiciaires (5) ». Il pouvait accueillir, en droit, toute cause qui se présentait à lui et, en fait, il en accueillait beaucoup (6). Composé d'officiers révo-

---

(1) « Les Rois ont été élus premièrement pour faire la justice... Aussi dedans le sceau de France n'est empreinte la figure du Roi armé et à cheval... mais séant en son trône royal et faisant la justice. » Parole du Chancelier L'Hôpital aux Etats d'Orléans. Cité OLIVIER-MARTIN. Précis p. 289.

(2) DARESTE. *Hist. de l'Adm. en France*, t. I, p. 272, 273 et note 1, p. 273. — ESMEIN. *Hist. du Droit*, pp. 379, 430, 467, Une des formes de cette justice est la juridiction des Maîtres des Requêtes de l'Hôtel. — ESMEIN. p. 382. — DARESTE, *loc. cit.* et p. 310. — VIOLLET. *Hist. des instit. polit.* t. 3, p. 311. — LAFERRIÈRE. *Jurid. adm.* I, 148.

(3) OLIVIER-MARTIN. p. 247. Voir ESMEIN, p. 379, la différence de forme entre les arrêts du Conseil, rendus par le Roi en personne, et ceux du Parlement, rendus au nom du Roi.

(4) (5) (6) ESMEIN, p. 467 et 468.

cables (1), demeurés près du Roi et au courant de ses pensées, la Monarchie devait être portée fatalement à lui faire juger les causes où elle estimait engagés son autorité (2) ou ses intérêts et plus simplement, celles dont elle croyait devoir retirer la connaissance à ses autres juges. Si l'affaire avait été déjà portée devant une autre juridiction, ils l'évoquaient (3); c'est-à-dire en dessaisissaient les premiers juges pour l'attirer à leur conseil ou à des commissaires nommés par eux : ce n'était là que l'exercice de leur souverain pouvoir de justice.

Le Conseil qui assistait le Roi pour l'exercice de sa juridiction propre était à l'origine celui qui siégeait auprès de lui comme conseil politique de la Couronne (4). Il comprenait, non seulement des légistes, mais des princes du sang, des prélats, les grands officiers de la Couronne (5). A la fin du XV[e] siècle, la multiplicité des affaires et le désir d'en assurer une meilleure expédition conduisirent les Rois Charles VIII (ordonnance du 2 Août 1497); et Louis XII (ordonnance du 13 Juillet 1498) à confier à un « Grand Conseil », uniquement composé de légistes, l'exercice des attributions juridictionnelles du Conseil (6). Il devait connaître des « plus grandes matières et affaires du Royaume ».

---

(1) (2) LAFERRIÈRE, p. 148. DARESTE, p. 65. OLIVIER-MARTIN, p. 249.

(3) Sur les évocations : ESMEIN. *Hist. du dr. fr.* p. 431. OLIVIER-MARTIN. Précis p. 291. DARESTE. *Hist. de l'adm.*, p. 311 et 312 et note p. 312.

(4) LAFERRIÈRE. *Jur. adm.* I, p. 149.

(5) LAFERRIÈRE. *Ibid.* DARESTE, *op. cit.* p. 66.

(6) Les deux ordonnances sont indiquées à leurs dates à Isambert: *Lois françaises*, t. XI, p. 292 et 296; mais le texte de l'ordonnance de 1498 est seul rapporté p. 296. Le Grand Conseil se composait de 17 maîtres des requêtes auxquels

Cette tentative réussit mal. La vénalité des charges, en écartant les Rois du choix de ses membres pour une tâche qui était « toute de confiance » (LAFERRIÈRE), les détourna de ce corps. Peut-être y avait-il aussi une incompatiblité profonde entre le principe de la justice retenue et son exercice dans les affaires d'ordre administratif et politique, par un tribunal détaché du Prince. Bien avant la fin du XVI^e^ siècle « les affaires intéressant l'autorité royale refluèrent vers le corps qui était resté par excellence le gardien de cette autorité, c'est-à-dire vers le Conseil d'Etat, le conseil intime et politique du Souverain » (1).

Des règles d'organisation qui, du milieu du XVI^e^ au milieu du XVII^e^ siècle, vont lui donner sa forme définitive (2) deux points seulement sont à retenir ici.

Dès le début du XVII^e^ siècle, l'élimination des dignitaires et des courtisans est chose faite (3) : les membres du Conseil ne sont plus que des officiers de la Couronne dont la subordination assure l'obéissance. « Les Conseillers d'Etat, écrit Lebret, ont toutes les marques des

---

Louis XII adjoignit un prélat et deux conseillers, et un procureur général. Ces fonctions étaient organisées en offices. Le Chancelier pouvait le présider. Cf. DARESTE, p. 311-312. — CHERUEL. *Dictionnaire*, v° Grand Conseil.

(1) LAFERRIÈRE. *Jurid. adm.* 1 p. 150. add. ESMEIN. *Hist.* p. 468. — DARESTE. *Hist. de l'Adm.* 1 p. 66 et 311, 312. Le Grand Conseil subsista néanmoins jusqu'à la Révolution avec des attributions assez limitées, dont la liste est au Répertoire de DENISART. V° Grand Conseil. Encore eût-il de fréquentes contestations avec le Parlement de Paris.

(2) Ordonn. du 12 octobre 1622, 1^er^ juin 1624, 18 janvier 1630, CHERUEL, *Dict.* v° Cons. d'Etat, pp. 214, 215. CHERUEL, *Hist. de l'Adm.* I 347 et s.

(3) Ordonn. du 3 avril 1547, règlement du 18 février 1566 et autres. V. LAFERRIÈRE, *Jur. adm.* 1-151. CHERUEL. *Dict.* v. Conseil d'Etat. ESMEIN. 470.

plus grands officiers, la seule différence qu'on peut remarquer est que ceux-ci peuvent vendre et résigner leurs charges, et non pas les Conseillers d'Etat » (1).

Le Conseil a été divisé en quatre « départements » (2) Conseil d'en Haut ou des Affaires Etrangères, Conseil des Dépêches, créé en 1617, et chargé de l'administration intérieure, Conseil des Finances, Conseil des Parties ou Privé. Ce dernier n'a que des attributions judiciaires; pourtant les affaires intéressant le Roi, son administration ou ses finances, lui sont enlevées, et portées aux départements administratifs : Conseil des Dépêches et Conseil des Finances (3).

C'est à ces juridictions choisies entre toutes qu'aboutissent les poursuites dirigées contre les agents publics.

IV. — LES INTENDANTS

Du Conseil, il est impossible de séparer l'intendant. S'il est d'origine plus récente, et s'il n'apparaît avec les caractères qu'il gardera jusqu'à la fin de l'ancien régime, qu'aux dernières années du XVI[e] et surtout dans le premier tiers du XVII[e] siècle (4); en fait, la période de sa création coïncide avec celle où le Conseil acquiert lui-même son organisation définitive, celle où achève de

---

(1) LEBRET, De la souveraineté du Roi. 1635 L. II, ch. II, p. 77.

(2) ESMEIN. *Hist.* p. 470 et s. DARESTE, *Hist. de l'Adm.* I, p. 67 et s. CHERUEL. *Hist. de l'Adm.* I p. 349 et s.

(3) LAFERRIÈRE. *Jurid. Adm.* I pp. 164 et 165.

(4) Sur les origines de l'intendant, v. ESMEIN, 592 et s. VIOLLET, *Le Roi et ses ministres,* p. 529 et s. PAGES, *La Monarchie d'Ancien Rég.* p. 99 et s.

s'établir la monarchie absolue, dont ils sont les instruments essentiels. Commissaire révocable, il est dévoue complètement à l'autorité royale (1). Pris ordinairement parmi les maîtres des requêtes, il tient lui-même au Conseil et apporte dans ses fonctions l'esprit de ce corps. Il en est le complément indispensable comme agent d'information et d'exécution. Tous deux ne forment en réalité, comme l'a écrit Laferrière, qu'un organe unique de gouvernement (2).

C'est par l'intendant que s'opère le dessaisissement des juridictions ordinaires saisies de procès concernant les agents publics. Il s'effectue par des procédés différents.

L'intendant peut d'abord exercer les pouvoirs de sa commission, qui sont immenses, lui donnent droit d'entrée et de surveillance dans les juridictions royales, droit de suspendre les juges qui auraient malversé, droit de rendre la justice au civil comme au criminel. Il peut d'ailleurs, s'il juge ses pouvoirs insuffisants, obtenir leur extension par simple arrêt du Conseil (3). Les exemples de jugements ainsi rendus par les intendants sont fort onmbreux (4).

---

(1) Cheruel rapporte *Hist. de l'Adm.* 2 p. 145 et s. des exemples très nombreux de mutations opérées sous le règne de Louis XIV, et destinées à faire sentir à l'intendant sa dépendance.

(2) Laferrière. *Jurid. Adm.* 1 p. 153. Tocqueville, *L'Ancien Régime*, p. 78.

(3) Voir Viollet. *Le Roi et ses Ministres*, pp. 526, 529. Plusieurs commissions sont reproduites au texte.

(4) Sur les procès criminels jugés par commissaires. Laferrière, *Rivalité des Parlements*, pp. 12 et 17, add. p. 31. Pages, *La Monarchie d'Ancien Rég.*, p. 100.

Il peut encore connaître de l'affaire par le jeu naturel des textes qui iront se multipliant à mesure que s'étend l'action administrative, dans le dernier siècle de la monarchie, et qui lui attribuent compétence à l'exclusion des tribunaux judiciaires ou même des anciennes juridictions spéciales (1).

Enfin, et c'est là le fait le plus général, il sollicite du conseil un arrêt d'évocation dessaisissant le juge ordinaire et renvoyant l'affaire à des commissaires (2).

V. — FRÉQUENCE DE CES PRATIQUES

Ces sortes d'évocations étaient extrêmement fréquentes. Elles « n'arrivaient pas seulement de loin en loin, écrit Tocqueville, mais tous les jours, non seulement à propos des principaux agents, mais des moindres. Il suffisait de tenir à l'administration par le plus petit fil pour n'avoir rien à craindre que d'elle (3). »

---

(1) Tocqueville, p. 104, signale qu'au XVIII[e] siècle la plupart des édits, déclarations ou arrêts du Conseil se terminent par cette formule de style : « Ordonne S. M. que toutes les contestations qui pourront survenir sur l'exécution du présent arrêt, circonstances et dépendances, seront portées devant l'intendant pour être jugées par lui, sauf appel au Conseil. Défendons à nos Cours et Tribunaux d'en prendre connaissance ». Sur l'extension de la compétence de l'intendant aux affaires fiscales. Laferrière, I. 169. add. Pages, p. 163, 164.

(2) Tocqueville, p. 108. Laferrière, *Jurid. Adm.* t. I, p. 638, note 1 et renvoi. Dareste, *La Justice adm.* p. 515.

(3) Tocqueville, *op. cit.* p. 109. Laferrière, *Jurid. Adm.* t. I, p. 163, note 3.

Des exemples souvent cités montrent jusqu'où pouvaient s'étendre ces pratiques.

Le conducteur d'une chaîne de galériens traversant Dijon commet un vol. Il est arrêté. L'intendant réclame le prisonnier, essuie un refus, saisit le Ministre et demande un arrêt. Le Conseil évoque l'affaire et la renvoie à l'intendant, parce qu'il s'agit, dit-il « de l'abus d'un commandement confié par sa Majesté » (1)

Un piqueur des ponts et chaussées maltraite un paysan employé à la corvée. Cité devant les tribunaux, il s'adresse à l'Ingénieur en Chef. Celui-ci s'en réfère à l'intendant, qui obtient un arrêt d'évocation. « Il est vrai, écrit l'ingénieur, que le piqueur est très répréhensible, mais ce n'est pas une raison pour laisser l'affaire suivre son cours. Il est de la plus grande importance pour l'administration des ponts et chaussées que la justice ordinaire n'entende ni ne reçoive les plaintes des corvéables contre les piqueurs de travaux. » (2)

L'usage du procédé est tel qu'on en vient à l'utiliser au profit de personnes n'exerçant elles-mêmes aucune fonction publique, et n'ayant d'autre titre que celui de parents ou serviteurs d'agents royaux. M. Bouchu, intendant de Bourgogne, écrit à Colbert : « Je vous envoie un projet d'arrêt, pour obtenir du Roi, par votre moyen, une évocation générale pour ma mère et moi et nos domestiques. Mes oncles et mon frère en ont obtenu depuis que j'ai eu l'honneur de porter la parole pour le Roy à la Chambre des Comptes de Dijon... Il y a bien d'autres affaires du Roy qui ont aigri les officiers dudit Parlement, en sorte qu'il n'en est point dont on puisse attendre justice » (3).

---

(1) Laferrière, *Rivalité des Parlements*, p. 36.

(2) Tocqueville, *op. cit.*, p. 109.

(3) Laferrière, *Rivalité des Parlements*, p. 35, d'après la correspondance administrative de Depping, II, p. 26. Ce cas

VI. — RAISONS DE CES PRATIQUES

Il semble qu'on puisse donner de ces pratiques deux sortes de raisons.

En premier lieu une raison politique. Lorsqu'à la fin du XVI[e] et au début du XVII[e] siècles, les Rois veulent reprendre en main leur royaume, il se heurtent aux résistances locales, incarnées dans les corps de justice et de finance, et à la politique des Parlements.

Ils usent alors du moyen dont se servent tous les gouvernements en pareil cas, le dessaisissement des juges ordinaires, l'attribution des causes intéressant leur autorité à des commissaires (1).

A côté de la raison politique, qui perdra de son acuité une fois la monarchie absolue définitivement établie, sans jamais d'ailleurs disparaître, il y a une raison d'ordre plus modeste, que l'on pourrait être tenté de qualifier d'ordre administratif. Elle est donnée par un intendant que cite Tocqueville, pour obtenir une évocation : « Le juge ordinaire est soumis à des règles fixes, qui l'obligent de réprimer un fait contraire à la loi; mais le Conseil peut toujours déroger aux règles dans un but utile. » (2)

---

n'est pas isolé. Le marquis de Saint Luc, gouverneur en Gascogne réclame la même faveur pour des raisons identiques. *Ibid.* Corresp. adm. p. 172.

(1) PAGES, *La Monarch. d'Anc. Rég.* pp. 98 et 100.

(2) TOCQUEVILLE, *L'Ancien Rég.* p. 105. « Comme l'écrit un conseiller d'Etat de ce temps-là un administrateur ainsi attaqué eût trouvé de la prévention dans l'esprit des juges ordinaires, et l'autorité du Roi eût été compromise ».

VII. — ATTITUDE DU POUVOIR ENVERS LES JUGES ORDINAIRES

Tout en dessaisissant les juges ordinaires, le pouvoir ne néglige pas pour cela de les réduire ou de se ménager contre eux, à défaut de moyens directs, auxquels s'oppose la vénalité des charges, des moyens indirects de pression.

Un édit de 1529 (1) attribue au Conseil du Roi la connaissance des procès intéressant les offices.

L'ordonnance de 1667 (2) art. 7 et 8, interdit aux Cours de Parlement et autres l'interprétation des ordonnances, et déclare les juges responsables des jugements et arrêts qui seraient rendus contre leurs dispositions.

Colbert, par son mémoire aux intendants de 1664 (3) fait établir sur tous les magistrats des Parlements et Cours des Comptes du Royaume des rapports qui sont de véritables dossiers de police.

---

(1) ESMEIN, *Hist du dr. fr.*, p. 404, Edit. du 25 oct. 1529. ISAMBERT, *Anc. Lois fr.* t. XII, p. 332.

(2) ISAMBERT, *Ancienne Lois Françaises*, t. XVIII, p. 103 et s. Sur les conditions dans lesquelles fut établie l'ordonnance de 1667, et la volonté de réduire la magistrature qui inspira la rédaction de ses 8 premiers articles. CHERUEL, *Hist. Adm. Mon.* t. 2, p. 106 et p. 249 et s. Add. VIOLLET, *Hist. Droit Civ. fr.*, p. 219

(3) PAGES, *La Monarchie d'Ancien Régime*, p. 160. LAFERRIÈRE, *Rivalité des Parlements avec les intendants*, p. 28, notes et renvois.

VIII. — RÉSISTANCES SOULEVÉES PAR L'ÉTABLISSEMENT DE CES PROCÉDURES D'EXCEPTION

Ni la juridiction du Conseil, ni celle des intendants ne s'établirent sans résistances. Les Parlements, qui voyaient amoindrir leur autorité, et dont l'esprit se refusait très naturellement à admettre que la justice fût rendue par commissaires; les Etats Généraux et les Assemblées de Notables qui sentaient bien que, par leur nature même, ces juges nouveaux devaient avoir d'autres précoccupations que celle de la seule justice, protestèrent. L'histoire a enregistré ces protestations des Etats de Blois (1), des Etats Généraux de 1614-1615, celles des Assemblées de Notables de Rouen en 1617, de Paris en 1626-1627 (2); elle a retenu les plaintes des Parlements à l'Assemblée de 1617, à celle de 1626 (3), leur lutte contre les commissions établies par Richelieu (4), enfin les fameuses « délibérations de

---

(1) L'ordonnance de Blois, de 1579, art. 98 ; sous leur pression, révoqua les lettres de commissions extraordinaires déjà accordées et déclara qu'il n'en serait plus délivrées. L'ordonnance fut interprétée comme ne concernant que les affaires d'intérêt privé. V. LEBRET, *De la Souveraineté*, L. II, ch. I, p. 71.

(2-3) VIOLLET, *Le Roi et ses Ministres*, p. 535 et s.

(4) E. LAFERRIÈRE, *Rivalité des Parlements*, p. 12 et s. A l'occasion du procès fait au maréchal de Marillac, le Roi Louis XIII ayant mandé le premier Président Mathieu Molé

la Chambre Saint-Louis » du 30 juin 1648 (1) arrêtées par le Parlement de Paris réuni à la Cour des Comptes et au Grand Conseil. Ces protestations restèrent en définitive sans effet. Après avoir cédé sur l'instant (2) la Royauté sut reprendre à chaque fois les concessions faites. Dès 1653, l'intendant était rétabli à peu près partout (3). Deux arrêts du Conseil, du 19 octobre 1650 et du 8 juillet 1661 (4) ordonnèrent « aux compagnies souveraines... de déférer aux arrêts du Conseil... leur faisant défense de connaître des affaires dont sa Majesté aurait retenu et réservé le jugement à soi ou à son Conseil ». Avec eux s'arrêta la résistance des Parlements.

IX. — VALEUR DES PRATIQUES SUIVIES

Il reste à examiner la valeur des pratiques suivies. Tocqueville n'y a vu que l'exercice d'une force qui faisait plier le droit : « avant la Révolution, écrit-il, le Gouvernement ne pouvait couvrir ses agents qu'en recourant à des mesures illégales et arbitraires » (5).

---

et trois conseillers leur tint ce propos significatif : « Vous n'êtes établis que pour juger Maître Pierre et Maître Jean ». V. égal. LAFERRIÈRE, *Jur. Adm.* t. I, pp. 154 et s.

(1) ISAMBERT, *Anc. Lois*, t. XVII, pp. 72, 73, 80, 84, VIOLLET, *op. cit.*, 540 et s.

(2) Ordonnance de Blois, art. 98. Ordon. de janv. 1629 « Code Michau », art. 58, add. art. 204. Déclar. du 18 juil. 1648 et 22 oct. 1648.

(3) VIOLLET, *op. cit.*, p. 543, voir PAGES, *La Monarchie d'Ancien Régime*, p. 103 et s. et 159 sur l'institution des commissaires et des intendants.

(4) Texte rapporté à LAFERRIÈRE, *Jurid. Adm.* t. I, p. 160-161, le second d'après GUILLARD, *Hist. du Cons. du Roi*, p. 171.

(5) TOCQUEVILLE, *L'Anc. Rég. et la Révolution*, p. 168.

Il nous paraît bien plutôt qu'il n'y avait là que des manifestations de l'autorité royale conformes au pur droit public monarchique, et en voici les raisons.

Le Roi de l'ancienne France est à la fois souverain législateur, souverain administrateur, souverain juge (1).

Souverain législateur, il est la loi vivante : *lex, rex.* « *Quidquid placuit principi legis habet vigorem* » (2). Comme homme, sans doute, il est tenu de respecter les lois qu'il a faites et celles qu'ont édictées ses prédécesseurs, mais seulement quant à leur puissance directrice; comme prince, il échappe à leur puissance coactive (3). Il est, suivant le mot d'Ulpien « *solutus legibus* » (4); « absous des lois » comme disent les vieux auteurs. La doctrine des théoriciens du droit public de l'absolutisme n'hésite pas sur ce point (5). Au XVIII[e] siècle, Burlamaqui écrit encore : « Le premier caractère de la souveraineté, celui d'où découlent tous les autres, c'est qu'elle est un pouvoir souverain et indépendant... en sorte que cette souveraineté ne reconnaît aucun supérieur sur la terre de qui elle dépende » (6). Et il ne s'agit pas là seulement d'une

---

(1) VIOLLET, *Le Roi et ses Ministres,* p. 161. Les cahiers des Etats de la Noblesse de Gien, en 1789, portent : « Il... (le Roi) est seul législateur dans l'ordre civil et de police, centre de réunion, magistrat suprême en qui réside le point de décision ». Résumé cah. Et. Gén. Noblesse, p. 35/36.

(2) ULPIEN, Lib. 1, Institut Dig. L. 1 de Legibus I, IV.

(3) BOSSUET, Politique tirée de l'Ecriture Sainte, L. 4, art. 1, al. 4.

(4) ULPIEN, Lib. 13, ad. Leg. jul. et pap. Dig. L. 31, de Legibus I. III.

(5) LOYSEL, *Institut. Coutumières* I.1, 1 « si veut le Roi, si veut la loi ». — BODIN. *Les 6 livres de la République,* pp. 131, 132, Liv. I et p. 1021, Liv. VI.

(6) BURLAMAQUI, *Principes du droit politique,* 1731, t. I, ch. VII.

doctrine abstraite. Claude Gaillard, premier Président du Parlement de Paris, s'adressant à François Ier en 1527, en séance de lit de justice, l'énonce comme une chose indiscutée : « Nous ne voulons, Sire, révoquer en doute ou disputer de votre puissance; ce serait espèce de sacrilège, et savons bien que vous êtes par dessus les lois, et que les lois ou ordonnances ne vous peuvent contraindre, et n'y êtes contraint par puissance coactive » (1).

Législateur, le Roi est encore administrateur et juge. A lui seul il appartient d'ordonner ce qui est nécessaire à l'Etat, et de rendre la justice à ses sujets. Cette autorité réside tout entière dans sa personne et ne peut être aliénée. Ceux à qui il demande de l'assister pour son exercice, quels qu'ils soient, aussi bien les magistrats des corps judiciaires que les membres de son Conseil, ne sont jamais, en droit, que des commissaires. Sur ce point encore, les principes sont si certains qu'on les trouve formulés dans des ouvrages de pratique. Un dictionnaire de jurisprudence de la fin du XVIIIe siècle s'exprime en ces termes : « Le droit de rendre la justice est si important qu'on l'a regardé comme l'attribut du souverain, dont la principale fonction est de gouverner et de juger les hommes selon les lois reçues. C'est à lui seul par conséquent qu'il appartient d'établir des officiers... Il communique son pouvoir à qui bon lui semble, et pour le temps qu'il lui plaît » (2).

Ainsi, que le Roi institue des juges spéciaux pour une affaire déterminée ou pour une catégorie d'affaires,

---

(1) *Maximes du Droit Public Français*, Amsterdam, 1775, t. 2, p. 81.

(2) *Dictionnaire portatif de Jurisprudence et de pratique*, par M. D. P. D. C., avocat au Parlement, Paris, 1763, vo Justice.

qu'il évoque une cause d'un tribunal pour la porter à un autre ou la retenir par devers lui, il ne fait qu'exercer purement et simplement, et de façon parfaitement régulière, sa prérogative. Si la pratique peut être mauvaise, le droit est certain, et c'est avec raison que Lebret, traitant des évocations, écrit : « C'est un droit de la Souveraineté qui prend sa source de celui qui donne au Roi le pouvoir d'instituer les officiers que bon lui semble » (1).

Le système tient tout entier dans l'indivisibilité et l'inaliénabilité (justice retenue) des pouvoirs du Roi. Fait à souligner, puisqu'aujourd'hui la juridiction administrative et le conflit se fondent sur le principe contraire de la séparation des pouvoirs (2).

X. — LES RÉSULTATS
L'OPINION A LA FIN DE L'ANCIEN RÉGIME

Quelle que soit sa justification du point de vue juridique, les résultats sont mauvais. Des documents officiels l'attestent. Dans ses célèbres remontrances de 1775, la Cour des Aides s'exprime ainsi : « Des

---

(1) LEBRET, *De la Souveraineté*, L. II, ch. 1, p. 71.

(2) Le fait a été signalé par Laferrière, *Rivalité des Parlements*, p. 12. « Il (le Conseil) fondait ainsi, au nom de la prérogative royale et de l'indivisible autorité du prince, cette même juridiction administrative que l'on devait recommander un jour comme une conséquence nécessaire de la division des pouvoirs ».

branches entières d'administration sont fondées sur des systèmes d'injustice, sans qu'aucun recours ni au public, ni à l'autorité supérieure soit possible » (1).

En 1787, Calonne propose aux Notables un projet de régime d'Assemblées provinciales établi plus de six années auparavant par Necker. On y peut lire : « Une multitude de plaintes se sont élevées de tous les temps contre la forme d'administration employée dans les provinces ; ces plaintes se renouvellent plus que jamais... A peine, en effet, peut-on donner le nom d'administration à cette volonté arbitraire d'un seul homme... qui doit régir les parties les plus importantes de l'ordre public » (2).

En 1783, les Etats du Comté d'Artois, assemblés à l'occasion d'une demande de don gratuit, demandent au commissaire du Roi de rappeler « aux suppôts d'une régie qui les accable, que la justice et la loi, qui déterminent les conventions des particuliers, gardent les mêmes règles entre le Monarque et le peuple » (3).

Toutes ces plaintes vont se réunir dans les cahiers des Etats Généraux. Ils réclament la suppression de tous les tribunaux et procédures d'exception : intendants eaux et forêts, trésoriers de France, juridictions du Conseil, évocations ; la responsabilité des agents publics et l'attribution de tous les procès à des tribunaux

---

(1) Malesherbes. Remontrances... que présentent au Roi... les gens tenant... la Cour des Aides à Paris... le 6 mai 1775. Paris m. 12. J. Simon, *La liberté politique*, p. 116.

(2) Cite Viollet, *Le Roi et ses Ministres*, p. 574.

(3) De Girardot, *Essai sur les Assemblées provinciales*, p. 4, note.

de droit commun, soumis à la loi, formés de juges indépendants, responsables devant la Nation ou les Etats (1).

---

(1) « Que les intendants de justice, police et finance seront à jamais supprimés ; les matières contentieuses dont la connaissance leur est attribuée seront portées aux juges ordinaires ». PONTHIEU, *Noblesse. Rés. Cah. Et. Gén.* t. 2, p. 111. — « Que les Tribunaux d'attribution, tels que Conseil, Requêtes de l'Hôtel, Prévôtés, etc..., soient supprimés, parce que ces tribunaux ruinent les citoyens, entraînent presque toujours l'oppression du faible, et servent rarement autre chose que l'injustice ». MONTFORT L'AMAURY et DREUX, *Noblesse. Rés. Cah. E. G.* t. 2, p. 111. — « Que les affaires pendantes aux différentes commissions du Conseil ou autres soient renvoyées par devant les juges légaux qui doivent en connaître, et qu'il soit défendu, sous aucun prétexte, d'en évoquer à l'avenir, et de nommer aucune espèce de commission ». TROYES. *Noblesse, Rés. Cah. E. G.*, t. 2, 110. — « Le député portera aux Etats Généraux les plaintes du clergé contre l'établissement de commissaires particuliers, les arrêts d'évocation. Il demandera en outre la suppression de la juridiction des intendants ». Douai Clergé. *R. Cahier E. G.*, 1-149. — « Que la compétence des Tribunaux d'exception ainsi que celle attribuée aux intendants, subdélégués et autres commissaires, soit rendue aux juges ordinaires ». Cotentin. Tiers-Etat. *Rés. Cah. E. G.* t. 3, p. 114. — Ces citations pourraient être multipliées. Voir notamment : *Résumé Cahiers Et. Gén.* t. 1, p. 142 ; t. II, pp. 92, 93, 113, 197, 232, 233, 235 ; t. III, pp. 92, 107, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 124. — Sur la question particulière de la responsabilité « Qu'il soit statué que tous les citoyens, de quelque étendue de pouvoir qu'ils soient revêtus, doivent également dépendre de la loi et de la juridiction des tribunaux ». Mantes et Meulan. *Noblesse, op. cit.* II, p. 125. — Les préoccupations des Cahiers portent surtout sur les abus de perception et les atteintes à la liberté. — V. notamment, *op. cit.*, I, 164 ,190, 191, 224 (Clergé) ; II, 57, 59, 61, 77 et s. 184, 206 (Noblesse) ; III, 61, 62, 63, 72, 73. Adde II, 67 et III-73 (violation du secret des lettres). Les juges, quels qu'ils soient « ne pourront modifier, interpréter, étendre ou restreindre la loi ». Toulon. Noblesse, II, 107 ;

Signalons toutefois que certains cahiers demandent l'attribution des procès de responsabilité aux Assemblées élues, Etats Généraux ou Provinciaux (1). De cette idée, qui inspirera plusieurs textes de la législation révolutionnaire (2), va sortir une forme nouvelle de garantie qui, par l'effet des bouleversements politiques, aboutira en l'An VIII, à un système d'irresponsabilité aussi complet que celui qu'ils ont cherché à détruire.

---

ils ne sont que ses « dispensateurs, non ses interprêtes ». Bugey. Noblesse, II, 98 ; ils « sont responsables du fait de leurs charges à la Nation assemblée ». Agenois. Noblesse, II, p. 41, add. II, pp. 71, 93, 109, 110, 126, 127, 144, 145 ; mais « absolument indépendants du pouvoir exécutif ». Paris, Tiers-Etat, III, p. 126.

(1) « Qu'on supprime les maîtrises des eaux et forêts, et généralement tout ce qu'on appelle tribunaux d'exception en attribuant, soit aux Etats Provinciaux, soit aux Tribunaux de justice ordinaire la connaissance des matières qui les concernent ». Vitry-le-François. Clergé. *Rés. Cah. E. G.*, I, p. 149. — « Que tout Ministre prévaricateur, coupable d'abus d'autorité, soit comptable à un tribunal, composé de citoyens de tous les ordres, choisis par l'Assemblée même des Etats, pour instruire leur procès, et leur jugement confirmé par les Etats Généraux ». Lyon. Noblesse, *op. cit.*, II, p. 75. — « Que les Ministres, commandants et autres commissaires du Roi soient responsables à la Nation de notables abus d'autorité et de confiance ; mais que, pour prévenir les abus trop fréquents, que la jalousie et l'insubordination pourraient faire de cette espèce de prise à partie, les dénonciations ne puissent être admises qu'autant qu'elles auront été d'abord présentées par les Etats Provinciaux aux Etats Généraux ; qu'elles auront été adoptées par ceux-ci, et par eux dénoncées à la puissance coercitive de la Cour des Pairs ». Clermont-Ferrand. Noblesse, *op. cit.*, p. 76, add. t. 2, p. 24, t. 3, p 81.

(2) Loi du 14 décembre 1789 sur les municipalités, art. 61. Loi des 7-14 octobre 1790. Constitution de 1791. Tit. 3, ch. 2, sect. 4, art. 8 et tit. 3, ch. 5, art. 23.

II

Droit intermédiaire

II

DROIT INTERMEDIAIRE

I. — Les idées politiques du XVIII[e] siècle. Liberté et séparation des pouvoirs.

II. — La séparation des pouvoirs et l'organisation du pouvoir judiciaire selon Montesquieu. Il condamne expressément les tribunaux administratifs.

III. — La séparation des pouvoirs et la condamnation des tribunaux administratifs au XVIII[e] siècle, en dehors de Montesquieu.

IV. — L'expression de ces idées dans la législation révolutionnaire.

V. — Le droit révolutionnaire et la responsabilité des fonctionnaires.

VI. — La crainte, historiquement fondée, de l'envahissement des juges, conduit le législateur révolutionnaire à des lois de protection pour les administrateurs.

VII. — La revendication des procès d'administration. Le conflit.

VIII. — Sous le Directoire, le jugement des conflits attribué à l'exécutif rompt la séparation des pouvoirs à son profit.

IX. — L'évolution de la séparation des pouvoirs. Du principe de Montesquieu à l'interprétation de l'An III.

DROIT INTERMÉDIAIRE

I. — LES IDÉES POLITIQUES DU XVIII[e] SIÈCLE LIBERTÉ ET SÉPARATION DES POUVOIRS.

Ces vœux que formaient les Etats, d'une Administration soumise aux lois, d'une justice indépendante, d'une responsabilité des agents publics, le législateur révolutionnaire va s'efforcer de les satisfaire.

Pour comprendre la signification exacte et la portée de son œuvre, il faut rechercher d'abord quels sont les mobiles qui l'inspirent; plus précisément, quel système politique il entend substituer à l'ancien. Ceci nous oblige à une incursion rapide, mais nécessaire, dans le domaine de la philosophie politique de la seconde moitié du XVIII[e] siècle.

A ce moment, en effet, l'esprit de libre examen et de critique systématique qui est la marque du temps s'éveille. Son principal effort porte sur les institutions. Les théoriciens et les publicistes sont frappés des vices de l'organisation politique que leurs recherches mettent à nu. Ce spectacle presque universel d'un pouvoir souverain disposant à son gré des personnes et des biens, troublant à sa fantaisie l'ordre des juridictions, confondant politique, administration et justice, leur paraît contraire aux principes de la raison.

Devant ces abus de la souveraineté sans limite, ils se demandent s'il n'y aurait pas en regard du droit du prince un droit de l'individu. Ils dégagent alors la notion de droit naturel, que l'homme apporte en

naissant inaltérables dans leur principe, et que la société civile, bien loin de pouvoir atteindre, a pour objet essentiel de protéger. En tête de ces droits, ils placent celui qui est la condition et comme la source de tous les autres, la liberté civile. En même temps, ils cherchent le mécanisme social le mieux propre à assurer la garantie de ces droits. Ils étudient pour cela les constitutions des différents peuples, et Montesquieu le premier, dégage de l'étude de la Constitution d'Angleterre le principe de la séparation des pouvoirs.

Ces deux notions de liberté civile et de séparation des pouvoirs, but idéal de toute société et moyen d'atteindre à ce but, se précisent et s'affirment à mesure que l'on se rapproche des dernières années du XVIII[e] siècle. Les hommes de la Révolution en sont imprégnés; aussi, quand ils sont une fois passés de la condition de sujet à celle de législateur, s'efforcent-ils, dans les constitutions qu'ils dressent, de poursuivre l'une en organisant minutieusement l'autre.

Nous allons essayer de marquer, le plus exactement possible, le passage de ces théories dans les faits et dans les lois. Cette recherche n'est ni vaine, ni superflue. La jurisprudence actuelle en effet, depuis 1873, déclare trouver dans les textes, et surtout dans les principes du droit révolutionnaire, la raison juridique du système qu'elle a établi en matière de responsabilité de fonctionnaires. Sa valeur dépend donc entièrement de celle de son interprétation. En essayant, dès maintenant, d'en dégager la valeur exacte, nous établissons les bases de l'appréciation critique que nous devrons faire plus loin.

Qu'était donc dans l'esprit et dans la littérature politique de l'époque, la liberté civile ? Qu'était la séparation des pouvoirs ?

Et d'abord qu'était la liberté civile ?

Montesquieu l'avait définie : « le droit de faire tout ce que les lois permettent » et il en complétait ainsi la notion : « si un citoyen pouvait faire ce qu'elles défendent il n'y aurait plus de liberté, parce que les autres auraient tout de même ce pouvoir » (1). Il avait dit encore : « Elle est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté. » (1).

Voltaire l'exprimait de cette façon : « La liberté consiste à ne dépendre que des lois » (2). De Lolme dans sa « Constitution d'Angleterre », écrivait : « La liberté consiste en ce que chacun, lorsqu'il respecte la personne des autres, et qu'il les laisse jouir tranquillement des fruits de leur industrie, soit sûr de jouir, à son tour, des fruits de la sienne, et que sa personne soit en sûreté » (3).

Deux idées se dégagent de ces diverses définitions : la liberté est un droit naturel; elle n'a d'autres limites que celles qui proviennent de la loi, prise dans son sens précis de volonté générale et abstraite du législateur. La conséquence immédiate en est que le pouvoir n'a d'autorité sur le citoyen que dans la limite des lois. S'il franchit cette limite, il porte atteinte à la liberté. Mais celle-ci doit trouver précisément dans la Société civile sa garantie et sa défense; l'organisation de l'Etat doit donc être telle que ce droit ne puisse être atteint, et s'il a été atteint, qu'il puisse être réparé.

Le mécanisme de cette organisation, la garantie de ce droit, la séparation des pouvoirs les réalise.

Il est essentiel de le noter : la séparation des pouvoirs n'est pour les théoriciens du droit politique du

---

(1) *Esprit des Lois,* Liv. XI, Ch. III et Ch. VI.

(2) *Pensées sur le Gouvernement,* 1752. — Dictionnaire Philosoph. art. Gouvernement.

(3) De Lolme. — *Constitution de l'Angleterre,* 1771, t. I, p. 238, (édit. de 1789).

XVIII[e] siècle, qu'un système de protection du droit individuel. Elle est devenue depuis un système de protection des personnes publiques et de leurs agents. Nous essaierons de montrer comment s'est opérée cette transformation. Mais il y a lieu de fixer dès à présent, sans équivoque possible, le caractère premier du principe ; celui qui commande son interprétation.

Cette question de la signification du principe de la séparation des pouvoirs est si importante qu'un des auteurs les plus considérables du droit public, M. Duguit a contesté l'interprétation généralement reçue de la doctrine de Montesquieu (1), et qu'au fond, c'est elle qui se trouve sous la discussion, purement verbale en apparence, de la formule du principe : séparation des pouvoirs, ou séparation des autorités (2).

II. — SÉPARATION DES POUVOIRS ET POUVOIR JUDICIAIRE SELON MONTESQUIEU. IL CONDAMNE LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS.

Dans cet examen du principe de la séparation des pouvoirs dans la philosophie politique du XVIII[e] siècle, nous laisserons, autant que possible, la parole aux auteurs eux-mêmes, et spécialement à Montesquieu.

---

(1) L'étude de la critique de M. DUGUIT est faite plus loin.

(2) V. BERTHÉLÉMY, p. 10, 12 et s. — BATBIE, t. II, p. 499 ; t. VII, p. 352 ; t. VIII, p. 572-573. — ARTUR, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions.* — ROLLAND, *Précis.* 1930, p. 36 et s. — TROTABAS, *Constitution de la France,* p. 24. — LAFERRIÈRE, *Jurid. adm. I,* p. 471 et s. — DUCROCQ, t. 2, 1897, p. 50-52. — JACQUELIN, *Principes dominants du contentieux administratif.*

Dans son *Esprit aes Lois*, en 1748, Montesquieu en donne ainsi la formule : « Il y a dans chaque Etat trois sortes de pouvoirs, la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil », et il en explique la nécessité dans ces termes : « Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberte parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même Sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement. Il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.

Tout serait perdu, si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçait ces trois pouvoirs, celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes et les différends des particuliers » (1).

Cette distinction des pouvoirs n'était pas en tous points chose entièrement neuve. Dès 1690, Locke, dans son Gouvernement Civil, avait marqué la distinction des pouvoirs exécutif et législatif, et la prééminence du second, mais il n'avait pas su dégager la notion d'un pouvoir judiciaire distinct et indépendant, ni compris son importance décisive pour la garantie de la liberté.

---

(1) *Esprit des Lois*, chap. VI du livre XI. — De la Constitution d'Angleterre. — Sur la pensée politique de Montesquieu, *cf.* Sée. — L'évolution de la pensée politique en France au XVIII[e] siècle. — A. Sorel, *Montesquieu*. — Viau, *Histoire de Montesquieu*.

Montesquieu parvenu du premier coup à cette notion en mesure toute la portée : « Quand un homme, en Angleterre, aurait autant d'ennemis qu'il a de cheveux sur la tête, il ne lui en arriverait rien » (1). Mais il ne lui suffit pas d'avoir dégagé la nécessité de l'existence du pouvoir judiciaire, il tient à préciser les conditions auxquelles doit répondre celui-ci, pour parvenir à sa pleine efficacité. Elles se ramènent à trois. Le droit de juger n'appartiendra pas en propre à une personne ou à un corps ; il devra s'exercer conformément aux lois ; le juge appartiendra à la condition de l'accusé.

Ce pouvoir ne peut appartenir à personne en propre :

« La puissance de juger ne doit pas être donnée à un Sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert », à la différence des deux autres pouvoirs « qui pourraient être donnés à des magistrats ou à des corps permanents, parce qu'ils ne s'exercent sur aucun particulier, n'étant, l'un que la volonté générale de l'Etat, et l'autre, que l'exécution de cette volonté générale. »

Ce pouvoir doit s'exercer conformément aux lois. « Si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la Société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte. »

---

(1) Notice sur l'Angleterre. — Œuvres compl. Didot, 1837, p. 632.

Ce pouvoir ne doit point être soupçonné :

« Il faut même que les juges soient de la condition de l'accusé ou ses pairs, pour qu'il ne puisse pas se mettre dans l'esprit qu'il soit tombé entre les mains de gens portés à lui faire violence. » (1).

Telles étaient les conditions que Montesquieu avait posées à l'existence d'un pouvoir judiciaire distinct : indépendance d'origine, assujettissement à la loi, parité sociale du juge et du justiciable, et telle était l'importance qu'il attachait à cette séparation que tout était perdu pour lui, si elle n'était pas.

Ces passages de Montesquieu sont connus de tous et parfaitement clairs. Cependant une contestation de plus graves a été élevée par M. Duguit. Opposant la pensée de Montesquieu aux principes de la Constitution de 1791, il s'exprime à ce propos en ces termes qui tendent à ruiner l'interprétation traditionnellement admise : « L'expression « séparation des pouvoirs » n'est pas employée une seule fois par Montesquieu, en nulle part il n'est question d'un organe représentatif exerçant au nom de la nation les différentes prérogatives de la souveraineté. Quant à la proposition si souvent citée : « Tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux ou des nobles ou « du peuple exerçait ces trois pouvoirs, celui de faire « les lois, celui d'exécuter les résolutions publiques et « celui de juger les crimes ou les différends des particuliers. » Que veut-elle dire autre chose que ceci: la liberté n'existerait pas dans un pays où le même homme ou le même groupe d'hommes pourrait exercer seul et sans contrôle les diverses fonctions de l'Etat? Mais jamais Montesquieu n'a pensé que les organes investis de ces trois fonctions de l'Etat seraient trois organes repré-

---

(1) *Esprit des Lois*. L. XI, Ch. VI.

sentant le souverain... absolument indépendants l'un de l'autre, et sans action l'un sur l'autre. La suite le montre à l'évidence. Il met à part la puissance de juger : « Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de « juger est en quelque façon nulle. Il n'en reste que « deux. » Qu'a voulu dire Montesquieu exactement. Il est difficile de le savoir. C'est une de ces formules si fréquentes dans l'« Esprit des Lois ». Peut-être veut-il dire qu'étant exercée par un jury sorti du peuple et non permanent, elle n'offre point de danger pour la liberté. » (1).

L'interprétation donnée par M. Duguit, dans ces lignes, de la doctrine de Montesquieu est complexe, et, dans son détail, assez difficile à préciser. Tend-il à établir que Montesquieu a refusé de reconnaître en chacun des pouvoirs un titulaire de la souveraineté, ou ce qui est différent, que même s'il admet des pouvoirs distincts, il a refusé au pouvoir judiciaire une existence de fait? Veut-il dire que Montesquieu refuse à la fois au pouvoir judiciaire le caractère de pouvoir et l'existence? On peut hésiter, nous semble-t-il, sur le détail de la pensée, mais l'affirmation qu'elle exprime dans son ensemble est certaine. M. Duguit tend à établir ici que Montesquieu a admis la subordination de la puissance judiciaire à la puissance exécutive. Son interprétation, qui contredit à celle généralement reçue, touche aux principes mêmes. Fondée, elle entraînerait des conséquences décisives dans notre matière et dans tout le domaine du contentieux administratif. Elle aboutirait notamment à la justification des tribunaux administratifs. Malgré l'autorité de son auteur, nous la repoussons cependant comme inexacte, pour des raisons

---

(1) Duguit, *Droit constitu.*, 1re éd., t. 1er, p. 348; 2e éd., p. 518.

que nous allons indiquer brièvement. Nous allons établir, en outre, en citant Montesquieu lui-même, que celui-ci a expressément condamné les tribunaux administratifs et qu'ainsi il y a lieu de repousser tant l'interprétation de M. Duguit que ses conséquences.

Laissons d'abord de côté la question de mots. Que Montesquieu se soit ou non servi de la formule « séparation des pouvoirs », il importe peu, si, dans les termes, il a usé d'une formule rigoureusement équivalente. Or, qu'une telle formule existe, il suffit pour le voir de se reporter au passage cité par M. Duguit lui-même : « Tout serait perdu si le même homme ou le même corps... exerçait ces trois pouvoirs, celui de faire les lois, etc... ». Le mot pouvoir — Montesquieu dit parfois « puissance » — figure au texte in terminis. Dire qu'il professe la séparation des pouvoirs n'est pas même traduire son texte, c'est le résumer. Sur ce point, aucune contestation sérieuse n'est possible. Ne nous attardons pas davantage à la nécessité de la collaboration des pouvoirs. C'est Montesquieu lui-même qui l'enseigne, comme une nécessité de fait. « Ces trois puissances devraient former un repos ou une inaction. Mais, comme par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert. » (*Esprit des Lois*. Liv. XI, Ch. VI).

Négligeons enfin la question de savoir si, sous le nom de pouvoirs, Montesquieu entend des titulaires distincts des attributs de la souveraineté. En elle-même, sinon dans l'intention de tous ceux qui l'ont agitée, et pour le sujet qui nous occupe, la question est sans intérêt (1). Tout ce que nous avons à chercher, c'est si, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, le

(1) J. Barthélémy, *Traité de Droit constitutionnel*, p. 153.

juge est dans la dépendance du pouvoir exécutif, au point que sa fonction disparaisse en quelque sorte, et s'il doit juger autrement que d'après des lois fixes.

Dégagée de toutes les excroissances de doctrine, et ramenée à ses termes essentiels, toute la question est là. Or, nous croyons que la réponse n'est pas douteuse. Elle a été donnée, en partie du moins, par M. Esmein : « Dans le célèbre Chapitre VI du Livre XI de l'*Esprit des Lois*, Montesquieu a écrit ce passage : « Des trois « puissances, celle de juger est en quelque façon nulle. « Il n'en reste que deux. »

M. Duguit, op. cit. (De la séparation des pouvoirs), p. 10, s'empare de cette phrase et conclut que Montesquieu admettait « la subordination de la puissance judiciaire à la puissance exécutive ». Mais l'idée de Montesquieu était tout autre. Il considérait la puissance de juger comme nulle uniquement parce qu'il ne voulait pas la remettre à des magistrats permanents, mais a des jurés. Voici ce qu'il dit, en effet, et la phrase plus haut citée n'est en réalité qu'un renvoi : « La puissance de juger ne doit pas être donnée à un Sénat permanent mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple dans un certain temps de l'année... pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert. De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant pas attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient pour ainsi dire invisible et nulle ». (Esmein et Nézard. Droit Const., t. I., p. 502, note 142).

Que le magistrat doive, dans la pensée de Montesquieu, juger seulement suivant la loi, nous croyons l'avoir déjà établi, mais les citations peuvent être multipliées. Pour la sûreté de la preuve, nous le laissons à nouveau parler : « Plus le gouvernement approche de la République, plus la manière de juger devient fixe ; et c'était un vice de la République de Lacédémone que

les éphores jugeassent arbitrairement, sans qu'il y eût des lois pour les diriger. A Rome, les premiers consuls jugèrent comme les éphores : on en sentit les inconvénients et l'on fit des lois précises. »

« Dans les Etats despotiques, il n'y a point de lois : le juge est lui-même sa règle. Dans les Etats monarchiques, il y a une loi ; et là où elle est précise, le juge la suit; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit. » Et Montesquieu continue, condamnant jusqu'à l'interprétation de la loi, que condamneront après lui les législateurs révolutionnaires (1) : « Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi, quand il s'agit de ses biens, de son honneur ou de sa vie. » (Liv. VI, Ch. III.)

Mais Montesquieu a fait plus. Il ne s'est pas borné à condamner d'une façon générale l'intervention du prince dans les affaires judiciaires (Livre VI, Ch. V), il a condamné la juridiction administrative telle qu'elle existe de son temps. Le passage, relativement peu connu, est à cet égard décisif : « C'est encore un grand inconvénient dans la monarchie que les ministres du prince jugent eux-mêmes les affaires contentieuses. Nous voyons encore aujourd'hui des Etats où il y a des juges sans nombre pour décider les affaires fiscales, et où les ministres, qui le croirait! veulent encore les juger. Les réflexions viennent en foule : je ne ferai que celle-ci.

---

(1) Décret du 27 nov., 1er déc. 1790. — « Il (Le Tribunal de Cassation) annulera toutes les procédures dans lesquelles les formes auront été violées et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi ». ESMEIN, *Hist. du Droit fr.* de 1789 à 1814, p. 113.

« Il y a, par la nature des choses, une espèce de contradiction entre le conseil du monarque et ses tribunaux. Le conseil des rois doit être composé de peu de personnes; et les tribunaux de judicature en demandent beaucoup. La raison en est que, dans le premier, on doit prendre les affaires avec une certaine passion et les suivre de même; ce qu'on ne peut guère espérer que de quatre ou cinq hommes qui en font leur affaire. Il faut, au contraire, des tribunaux de judicature de sang-froid, et à qui toutes les affaires soient en quelque façon indifférentes. » (Liv. VI, Ch. VI : « Que, dans la monarchie, les ministres ne doivent point juger ».)

Ainsi, la pensée de Montesquieu est bien nette : Pas de liberté si les trois pouvoirs, les trois puissances, les trois fonctions de l'Etat ne sont pas exercées par des titulaires distincts et indépendants les uns des autres. Pas de liberté si surtout le juge n'a pas, dans l'exercice de sa fonction, une indépendance totale; indépendance actuelle, c'est-à-dire pouvoir exclusif et absolu de décider dans les causes qui lui sont soumises; indépendance d'origine, due à sa désignation par voie d'élection. Pas de sécurité pour le citoyen si le juge n'est pas astreint à juger d'après le texte précis de la loi. Pas de sentiment de sécurité pour lui si le juge n'est pas choisi parmi ses pairs. Conséquence nécessaire des principes, formulée par Montesquieu lui-même : prohibition absolue des jugements par commissaires, prohibition des jugements par le Conseil, c'est-à-dire de la juridiction administrative.

III. — SÉPARATION DES POUVOIRS ET CONDAMNATION DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS EN DEHORS DE MONTESQUIEU

L'idée de la séparation des pouvoirs se répand après Montesquieu. Sans doute, les auteurs qui suivent ne la comprennent-ils pas exactement comme lui; et il y a loin de l'Esprit des Lois aux écrits des Physiocrates. Mais ce qui leur est commun à tous, c'est le désir d'assurer l'administration de la justice par des juges indépendants, qui ne soient aucunement intéressés à la solution des litiges qu'ils ont à résoudre. Ce qu'ils veulent, c'est assurer ainsi le respect de la loi, à l'égard de quiconque, et nous serions tentés de dire à l'égard surtout des détenteur du pouvoir. Nulle part ils n'envisagent — c'est le contraire qu'ils poursuivent — de confier aux titulaires de la fonction exécutive la décision des procès où ils sont parties. S'ils admettent quelquefois un recours contre le juge qui aurait violé la loi, c'est seulement — et la législation révolutionnaire s'inspirera de cette idée (1) — au pouvoir législatif, le véritable souverain (2), qu'ils le portent.

S'il arrive à Rousseau de railler Montesquieu, il doit pourtant reconnaître qu'il « n'est pas bon que celui qui fait les lois les exécute. » (Contrat social, III, 4).

---

(1) Loi des 7-14 octobre 1790. — Const. des 3-14 sept. 1791, tit. III, ch. V, art. 19 et 22 et d'autres dispositions citées plus loin.

(2) V. Esmein. *Droit const.* 1. 459, note 8, et 464.

Mably, dans ses « Doutes proposés aux philosophes économistes » (1768), distingue la puissance législative et l'exécutrice. « La puissance législative et la puissance exécutrice subsisteront à la fois et séparément, dès qu'il sera réglé que le citoyen doit obéir aux Magistrats et que les Magistrats obéiront à leur tour à la puissance législative, sous peine d'être punis s'ils violent la loi et de réparer le mal qu'ils auront fait. » (1). — « Quand le gouvernement de ma province me vexera et me punira d'une manière contraire aux lois, je me pourvoirai contre la puissance exécutrice par devant la puissance législative, je demanderai que celle-ci décide si l'autre a fait son devoir, et j'obtiendrai une réparation proportionnée à l'injustice soufferte » (2).

Les Physiocrates, à la différence des précédents, confondent dans les mêmes mains la puissance de faire les lois et celles de les exécuter, « car le Droit de commander deviendrait nul sans le pouvoir de se faire obéir. » (Dupont de Nemours, *Origine et Progrès d'une Science nouvelle.* 1768). Mais ils réclament l'existence d'un pouvoir judiciaire distinct du pouvoir souverain. « Par la raison même que le souverain a la puissance législative et la puissance exécutrice, la fonction de juger les citoyens est incompatible avec la souveraineté... car elle ôterait à la souveraineté et aux lois la savoir s'il parle comme législateur ou comme juge; sainteté de leur caractère ; elle exposerait le souverain à toutes les séductions possibles et au soupçon perpétuel de toutes les séductions possibles. On ne pourrait plus

---

(1) Mably. *Doutes* (VI). — Magistrat est ici un terme générique, qui désigne tous ceux qui participent à l'exécution des lois. — V. Bayet. *Ecrivains politiques du* XVIII[e] siècle, p. 316. Esmein, 1, 466, note 31.

(2) *Loc. cit. ibid.* — Adde. Esmein, note 32.

il n'y aurait plus de véritables lois positives; tous les arrêts seraient regardés comme les volontés du moment... Il faut donc qu'il y ait des magistrats établis pour faire l'application des lois, pour examiner les contestations qui s'élèvent entre les particuliers, et même entre le souverain comme protecteur du public et les particuliers accusés d'avoir violé l'ordre public et pour déclarer, après un examen suffisant, qu'un tel est dans tel cas, sur lequel la loi a prononcé... Les magistrats étant chargés de juger d'après les lois positives... sont religieusement obligés de commencer par juger les lois positives. » (1).

A côté de ces auteurs, il y a lieu, croyons-nous, de citer encore un réformateur, le Marquis d'Argenson. S'il ne formule, dans ses Considérations sur le Gouvernement de la France (2), aucune théorie relative à la séparation des pouvoirs, il condamne du moins, en termes exprès, la juridiction administrative de son temps : « L'intendant ne se mêlera en aucune façon des affaires contentieuses, les cours supérieures et autres juges de leur ressort étant chargés de toute cette partie d'administration. » (1). Tout le contentieux sera remis aux corps judiciaires, qui seront en contre-partie dépouillés de toute attribution administrative. « Comme Sa Majesté laisse aux Parlements et juges ordinaires,

---

(1) Bayet, *loc. cit.*, p. 336-337.

(2) *Considérations sur le gouvernement ancien et présent de la France. — Amsterdam* 1765. Cet ouvrage, publié après la mort de d'Argenson, survenue en 1757, a été probablement écrit vers le milieu du XVIII[e] siècle.

(3) (4) p. 228, art. 28. *Exclusion des intendants sur les affaires contentieuses. Juges ordinaires et compétents.* — P. 241, art. 42, *Les Parlements exclus de toute police et finance,* add. p. 112.

ainsi qu'il a été dit, toutes justices contentieuses sur quelque matière que ce soit, les-dits Parlements doivent trouver agréable, par compensation, qu'on leur retranche désormais tout ce qui regarde l'administration de la police et de la Finance, puisqu'il faut convenir d'ailleurs que tous ces juges ne font que nuire au lieu d'y servir... » (2). A défaut de la formule, c'est l'application, et la plus exacte, de la séparation des pouvoirs.

La suppression des tribunaux d'exception n'est pas demandée seulement à cette époque par les écrivains et publicistes français. Vattel, professeur à Neufchatel, dans son *Droit des Gens*, publié en 1758 et plusieurs fois réimprimé, où sont exprimées les idées dominantes du droit politique du XVIII[e] Siècle, les condamne, en même temps qu'il revendique la plénitude de compétence pour les juges ordinaires. Au livre I, ch. XIII, alinéa 164, sous ce titre : « Les Tribunaux ordinaires doivent juger des causes du fisc », il écrit : « L'établissement des tribunaux de justice est particulièrement nécessaire pour juger les causes du fisc, c'est-à-dire toutes les questions qui peuvent s'élever entre ceux qui exercent les droits utiles du prince et les sujets. Il serait malséant et peu convenable qu'un prince voulût être juge dans sa propre cause; il ne saurait être trop en garde contre les illusions de l'intérêt et de l'amour-propre... Ces raisons importantes doivent même l'empêcher d'attribuer le jugement des causes qui l'intéressent, aux Ministres et aux Conseillers particulièrement attachés à sa personne. Dans tous les Etats bien réglés, dans les pays qui sont un Etat véritable, et non le domaine d'un despote, les tribunaux ordinaires jugent les procès du prince avec autant de liberté que ceux des particuliers. » (1).

---

(1) *Le Droit des Gens ou principes de la loi naturelle*, éd. Pradier-Fodéré.

Les mêmes idées sur l'existence du pouvoir judiciaire, sur son rôle comme gardien de la liberté, sur la nécessité de l'organiser et de le soustraire à l'envahissement de l'exécutif, se retrouvent chez le Gènevois de Lolme (1). Etudiant la Constitution d'Angleterre, il leur donne l'appui des faits qu'il emprunte à l'histoire constitutionnelle d'un grand pays. Dans son chapitre IX, il fait un parallèle entre l'organisation judiciaire à Rome, dont les tribuns avaient méconnu l'importance, et la magistrature anglaise. ; il écrit : « Nous ne voyons pas qu'ils (les tribuns) aient jamais cherché, d'un côté, à régler, de l'autre, à renforcer le pouvoir judiciaire : précaution sans laquelle on s'agiterait jusqu'à la fin du monde, sans trouver la véritable liberté, précaution sans laquelle, comme dit Pope, les lois seront toujours trop faibles pour les forts, trop fortes pour les faibles » (2) et encore : « Le pouvoir judiciaire, ce criterium sûr d'un gouvernement, ne fut jamais, à Rome, qu'un instrument de tyrannie » (3) et au chap. XVI : « L'autorité judiciaire, dont le pouvoir exécutif s'était emparé imperceptiblement, tant pour la personne que pour la propriété de l'individu, fut abrogée par le même acte qui abolissait la cour de la Chambre étoilée; et la couronne fut ramenée à son vrai office constitutionnel, savoir, à maintenir et protéger par la force l'exécution des lois. » (4).

On est donc autorisé à considérer que, dans la pensée des hommes du XVIII[e] Siècle, la séparation des pouvoirs, et l'indépendance absolue du juge, en particulier,

---

(1) De Lolme. *Constitution de l'Angleterre,* publié en 1771, cité d'après l'édition de 1789.

(2-3) De Lolme. *Constitution de l'Angleterre,* t. 2, p. 20, 21.

(4) *Idib.,* p. 102.

constituent la règle essentielle, et mieux encore, complètée par la responsabilité des agents publics, la règle unique, à l'abri de laquelle peuvent vivre le droit de l'individu et la liberté civile. Sans elle, il n'y a ni droit assuré, ni liberté vraie, mais seulement un régime de tolérance plus ou moins large, livré aux volontés arbitraires du pouvoir.

IV. — EXPRESSION DE CES IDÉES DANS LA LEGISLATION REVOLUTIONNAIRE

Ces idées se retrouvent dans la législation révolutionnaire, et s'y retrouvent intégralement. Déclaration de Droits, affirmation de la séparation des pouvoirs, juges élus, toutes y sont formulées en termes lapidaires. Aucune d'elle n'est répudiée ou négligée. On est ainsi en droit d'affirmer que le but du législateur est bien le même que celui des théoriciens qui l'ont précédé. La lecture des parties les plus caractéristiques de son œuvre l'établit :

« Déclaration des Droits de l'Homme du 26 août 1789, reproduite en préambule à la Constitution des 3-14 septembre 1791.

« Art. 2. — Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression.

« Art. 4. — La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. »

Constitution du 3 septembre 1791. — Titre premier . « La Constitution garantit comme droits naturels et civils : la liberté à tout homme d'aller de rester, de partir, sans pouvoir être arrêté ni détenu que selon les formes déterminées par la Constitution; la liberté à tout homme de parler, d'écrire, d'imprimer et de publier ses pensées... et d'exercer le culte religieux auquel il est attaché... »

Constitution du 24 juin 1793. — Article premier : « Le but de la Société est le bonheur commun. Le Gouvernement est institué pour garantir à l'homme la jouissance de ses droits naturels et imprescriptibles. — Art. 2 : Ces droits sont : l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété. — Art. 6. : La liberté est le pouvoir qui appartient à l'homme de faire tout ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui; elle a pour principe, la nature; pour règle, la justice; pour sauvegarde, la loi; sa limite morale est dans cette maxime : « Ne fais pas à un autre ce que tu ne veux pas qu'il te soit fait. »

Déclaration des Droits et des Devoirs précédant la Constitution du 5 Fructidor an III (22 août 1795) :

« Article premier. — Les droits de l'homme en Société sont : la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété.

« Art. 2. — La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui. »

Telles sont les définitions que le législateur révolutionnaire donne de la liberté. Il semble qu'on lise encore les ouvrages des philosophes. Cette liberté, qu'il comprend comme eux, comme eux il va l'assurer par la séparation des pouvoirs.

Il le fait même sous une forme particulièrement énergique :

Art. 16 de la Déclaration des Droits du 26 août 1789 :

« Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution. »

Constitution du 3 septembre 1791, titre III : « Des pouvoirs publics », art. 5 :

« Le pouvoir judiciaire est délégué à des juges élus à temps par le peuple » (1).

Chap. IV, « De l'exercice du pouvoir exécutif », sect. 1°, art. 2 :

« Les administrateurs n'ont aucun caractère de représentation. Ils sont agents élus à temps par le peuple, pour exercer, sous la surveillance et l'autorité du roi, les fonctions administratives. »

Art. 3. — Ils ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni rien entreprendre sur l'ordre judiciaire, ni sur les dispositions ou opérations militaires. »

Chap. V, « Du pouvoir judiciaire », article premier :

« Le pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le corps législatif, ni par le Roi. »

Art. 2. — « La justice sera rendue gratuitement par des juges élus à temps par le peuple, institués par lettres patentes du Roi qui ne pourra les refuser. Ils ne pourront être destitués que pour forfaiture dûment jugée, ni suspendus que par une accusation admise. L'accusateur public sera nommé par le peuple. »

Art. 3. — « Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

Art. 4. — Les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi leur assigne par aucune commission, ni par d'autres attributions et évocations que celles qui sont déterminées par les lois. »

---

(1) L'art. 3 détermine le pouvoir législatif ; l'art. 4 le pouvoir exécutif.

Constitution du 24 juin 1793 :

Art. 23. — « La garantie sociale consiste dans l'action de tous pour assurer à chacun la jouissance et la conservation de ses droits : cette garantie repose sur la souveraineté nationale. »

Art. 24. — « Elle ne peut exister si les limites des fonctions publiques ne sont pas clairement déterminées par la loi, et si la responsabilité des fonctionnaires n'est pas assurée. »

Art. 29. — « Chaque citoyen a un droit égal de concourir à la formation de la loi et à la nomination de ses mandataires ou de ses agents. »

« Des corps administratifs et municipaux :

Art. 80. — Les administrateurs sont nommés par les assemblées électorales de département et de district. »

« De la justice civile » :

Art. 86. — « Il ne peut être porté aucune atteinte au droit qu'ont les citoyens de faire prononcer sur leurs différends par des arbitres de leur choix. »

Art. 88. — « Il y a des juges de paix élus par les citoyens des arrondissements déterminés par la loi. »

Art. 91. — « Il y a des arbitres publics élus par les Assemblées électorales. »

Art. 93. — « Ils connaissent des contestations qui n'ont pas été terminées définitivement par les arbitres privés ou par les juges de paix. »

Art. 95. — « Les juges de paix et les arbitres publics sont élus tous les ans. »

« De la justice criminelle » :

Art. 96. — « En matière criminelle, nul citoyen ne peut être jugé que sur une accusation reçue par les jurés ou décrétée par le Corps législatif... »

Art. 97. — « Les juges criminels sont élus tous les ans par les Assemblées électorales. »

« Du Tribunal de Cassation » :

Art. 98. — « Il y a pour toute la République, un tribunal de Cassation. »

Art. 100. — « Les membres de ce Tribunal sont nommés tous les ans, par les Assemblées électorales. »

Constitution du 5 Fructidor, an III (22 août 1795) :

Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen :

Art. 22. — « La garantie sociale ne peut exister si la division des pouvoirs n'est pas établie, si leurs limites ne sont pas fixées et si la responsabilité des fonctionnaires n'est pas assurée. »

Titre 7 : « Corps administratifs et municipaux :

Art. 185. — « Les membres de toute administration municipale sont nommés pour deux ans et renouvelés chaque année par moitié... »

Art. 186. — « Les administrateurs de département et les membres des administrations municipales peuvent être réélus une fois sans intervalle. »

Art. 189. — « Les administrations départementales et municipales ne peuvent modifier les actes du corps législatif, ni ceux du directoire exécutif, ni en suspendre l'exécution. Elles ne peuvent s'immiscer dans les objets dépendant de l'ordre judiciaire. »

Art. 191. — « Le Directoire exécutif nomme auprès de chaque administration départementale et municipale un commissaire qu'il révoque lorsqu'il le juge convenable. Ce commissaire surveille et requiert l'exécution des lois. »

Titre 8 : « Du pouvoir judiciaire » :

Art. 202. — « Les fonctions judiciaires ne peuvent être exercées ni par le Corps législatif ni par le pouvoir exécutif. »

Art. 205. — « Les juges ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ni faire aucun règlement. Ils ne peuvent arrêter ou suspendre l'exécution d'aucune loi, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

Art. 209. — « Nul citoyen, s'il n'a l'âge de 30 ans accomplis, ne peut être élu juge d'un tribunal de département, ni juge de paix, ni juge d'un tribunal de commerce, ni membre du Tribunal de Cassation, ni juré, ni commissaire du Directoire exécutif près les tribunaux. »

« De la justice criminelle » :

Art. 243. - « Le directeur du jury (d'accusation) (1) poursuit immédiatement, comme officier de police, sur les dénonciations que lui fait l'accusateur public, soit d'office, soit d'après les ordres du Directoire exécutif :

« 1° Les attentats contre la liberté ou la sûreté individuelle des citoyens... »

Telles sont les dispositions de principe dans lesquelles le législateur révolutionnaire réalise la séparation des pouvoirs. Leur conformité aux principes politiques de l'époque est frappante. Faites pour assurer la liberté, elles donnent au citoyen la double garantie de juges élus, d'administrateurs élus et d'une complète séparation entre les attributions des uns des autres. Les jugements par commissaires, les évocations sont interdits (Art. 7, Déclaration des Droits de 89, Art. 4 du ch. V de la Const. de 1791, Art. 96 de la Const. de 1793).

Le pouvoir législatif et l'exécutif n'ont plus le droit d'exercer les fonctions judiciaires (Art. 202 de la Constitution de l'An III).

---

(1) Les fonctions de directeur du jury étaient remplies par les juges du tribunal de District, qui y étaient appelés par voie de roulement. ESMEIN, *Hist. Dr. de* 1789 *à* 1814, p. 110.

V.— RESPONSABILITÉ DES FONCTIONNAIRES

Enfin, pour donner au système toute son efficacité, en même temps qu'il pose le principe de la séparation des pouvoirs, le législateur affirme, comme le complément de celui-ci, et la suprême garantie du droit individuel, le principe de la responsabilité des fonctionnaires (Art. 24 de la Constitution de 1793; Art. 22 de la Constitution de l'An III).

La question de la responsabilité des agents publics s'était en effet présentée l'une des premières aux préoccupations des Assemblées. Dès les premiers jours de la Révolution, le 13 juillet 1789, l'Assemblée Constituante rendait un décret « déclarant les ministres et les agents civils de l'autorité responsables de toute entreprise contraire aux droits de la Nation et à ses décrets »; l'art. 15 de la Déclaration des Droits du 26 août 1789 affirmait le Droit pour la Société « de demander compte à tout agent public de son administration ». La portée de cet article est très exactement indiquée par les paroles que prononça Mirabeau, lors de sa discussion. A l'un des membres qui trouvait injuste de frapper des agents subalternes ayant obéi aux ordres de leurs supérieurs, il répondit : « Si la loi de responsabilité ne s'étendait pas sur tous les agents subalternes de l'autorité, si elle n'existait pas, surtout parmi nous, il n'y aurait pas de nation plus faite que nous pour l'esclavage. Il n'y en a pas qui ait été plus insultée, plus opprimée par le despotisme. La loi qui porte que tout citoyen ne peut être arrêté qu'en vertu de la loi est reconnue partout, et cependant, elle n'a pas empêché les lettres de cachet; jamais une nation ne sera libre que toute la hiérarchie sociale ne soit comprise dans la responsabilité, le chef de la nation seul excepté, parce

que l'inviolabilité du prince est nécessaire à la paix publique; il faut signer cette maxime, si l'on veut être libre; et même vous ne serez jamais que des esclaves si tous, depuis le premier ministre, jusqu'au dernier sbire, ne sont responsables »; et il ajouta, fixant où devait commencer cette responsabilité : « Cela ne suppose nullement que le subalterne soit responsable de l'ordre dont il est porteur; il peut seulement et il doit juger la forme de cet ordre; ainsi un cavalier de maréchaussée ne pourra porter un ordre sans être accompagné d'un officier civil. »

Et il conclut : « Résignez-vous à être esclave, ou déclarez la responsabilité, le chef seul excepté. Je le répète, toute la hiérarchie doit être responsable, ou bien on trouvera toujours les moyens de rendre impuni tout attentat. Le dogme de la responsabilité est de droit naturel; il est la base de la déclaration des droits d'une nation; il doit être consigné dans la plus grande latitude » (1).

Ainsi, le principe de la séparation des pouvoirs est établi, la responsabilité des fonctionnaires affirmée. Il semble donc que c'en est fini de l'Ancien Régime, de ses évocations, et de ses arrêts du Conseil ; que n'importe qui va pouvoir obtenir justice des tribunaux de droit commun, contre l'agent public coupable d'une faute dans l'exercice de sa fonction. Il n'en est rien. Le fonctionnaire de l'époque révolutionnaire est aussi protégé que jamais ne le fût le serviteur du Roi, aux belles époques de la monarchie.

Comment expliquer ce fait ?

Parmi les dispositions de lois plus haut reproduites, on a pu lire, à l'art. 3 du titre III de la Constitution de 1791, l'interdiction faite aux tribunaux de s'immiscer

---

(1) MIRABEAU, *sa vie, ses opinions et ses discours,* par VERMOREL. (Coll. de la Bibl. Nat., p. 165).

dans l'exercice du pouvoir législatif, suspendre l'exécution des lois, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions, et de même, à l'art. 203 du titre 8 de la Constitution du 5 Fructidor an III, une interdiction toute semblable édictée dans des termes presque pareils.

Telles quelles, elles ont un peu l'air de formules de style, de développements symétriques correspondant à l'interdiction faite aux administrateurs d'intervenir dans la justice; par conséquence du principe de la séparation des pouvoirs. Cette interprétation logique serait sans doute fondée, mais la valeur de ces dispositions, pour être exactement comprise, demande que l'on dépasse le texte pour interroger les circonstances historiques.

Les hommes de la Révolution, s'ils avaient résolu de supprimer les agents et les Conseils de l'arbitraire monarchique, n'en considéraient pas moins les Parlements comme l'une des assises de cet arbitraire. Ils ne pouvaient oublier, ni l'étroitesse de leurs vues, ni leur opposition aux tentatives de réforme des dernières années de la monarchie, ni leur traditionnelle intervention dans les affaires de l'Etat, si contraire à leurs idées sur la séparation des pouvoirs, ni leur prétention d'être au-dessus même des Etats « qui ne sont que pour adresser leurs cahiers et leurs remontrances en forme de supplication à sa Majesté; lesquels doivent être présentés aux Parlements pour y apporter les modifications qu'ils jugeront convenables » (1). Surtout, ils leur reprochaient leur hostilité au Régime nouveau (2).

(1) Doctrine des Parlements sur les Etats généraux extraite des registres du Parlement de Paris. — RATHÉRY, *Histoires des Etats généraux*, p. 318.

(2) F. LAFERRIÈRE, *Histoire des principes, des institutions et des lois pendant la Révolution française*, p. 49 et

De nombreux documents et l'œuvre législative de l'époque attestent cet état d'esprit, qui se maintiendra intact au travers des bouleversements politiques de 1789 à l'an VIII. Nous rappellerons seulement ici un fait où il se révèle directement :

A peine constituée, l'Assemblée Nationale, par un décret du 3 novembre 1789, avait mis en vacances tous les Parlements du royaume (1). La Chambre des vacations du Parlement de Rennes s'étant refusée à l'Enregistrement du Décret, les Magistrats qui la composaient furent mandés à la barre de l'Assemblée (2). Appelés à se justifier, ils persistèrent dans leur désobéissance (3). Dans la discussion qui suivit (4), d'Epremesnil, Député de Paris et Conseiller au Parlement, étant intervenu pour les Magistrats bretons, tint un discours qui était moins une défense qu'une apologie (5). Il conclut en disant que, comme individus, ces Magistrats avaient pu refuser de remplir des fonctions nouvelles et que, comme corps, ils n'avaient pas représenté le peuple, mais qu'ils avaient défendu la constitution à laquelle ils étaient attachés par leur serment (6). C'était le langage du

---

note (2). — V. MATHIEZ, *La Révolution française*, t. 1 ; p. 7 et s., p. 28 et s. — SÉE. *La France économique et sociale au* XVIII^e *siècle*, p. 94 et s.

(1) LAFERRIÈRE. *Histoire des Principes*, etc..., p. 49 et note (2).

(2) Décret du 15 décembre 1789. — H. CARRÉ, *La mise en vacances des Parlements*. — Hachette 1912, et *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine*, février 1908, p. 329.

(3) Les magistrats comparurent le 8 janvier 1790. — CARRÉ, *ib.*, p. 331. Le discours de leur président, M. de la Houssaye, est reproduit à Carré. *Revue d'Histoire Moderne, loc. cit.*, p. 331, note (3).

(4-5-6) Les 9 et 11 janvier 1790, *ib.* p. 335. A cette discussion prirent part notamment d'Epremesnil, Cazales, Maury, en faveur des Parlementaires ; Le Chapelier, Barnave, Mira-

passé (1). Mirabeau lui répondit et, dans ses paroles, s'exprime le sentiment de l'Assemblée à qui il s'adresse : « ceux qui se présentent à vous ne sont que les champions, plus intéressés encore qu'audacieux, d'un système qui valut à la France deux cents ans d'oppression publique et particulière, politique et fiscale, féodale et judiciaire... Et, je le crois, c'est eux et leurs pareils que vous dépossédez quand vous affermissez l'autorité royale sur l'indestructible base de la liberté publique et de la volonté nationale... la langue des remontrances parlementaires est à jamais abolie » (2). Un Décret de blâme fut voté (3) déclarant les Magistrats inhabiles à remplir aucune fonction de citoyens actifs, aussi longtemps qu'ils n'auraient pas prêté serment à la Constitution. La délégation dut revenir à la barre pour en entendre la lecture (4) (5).

Mirabeau n'exprimait point là seulement l'opinion de l'Assemblée, mais celle du public. Une publication de

---

beau, Barère, qui affirmèrent la souveraineté de l'Assemblée et son droit de briser et de punir la résistance qui lui était opposée. v° pp. 336-337-338. D'Epremesnil avait « raffiné » sur le discours du Président de la Houssaye. *Ib.* p. 338, add. Vermorel, Mirabeau. Sa vie, ses opinions, ses discours, t. IV, p. 178.

(7) On vit aux prises, non seulement des hommes, mais deux systèmes de droit public ». CARRÉ, *ib.* 335.

(8) CARRÉ, *ib.* p. 340. — VERMOREL, *loc. cit.*, p. 178 et s.

(9) Décret du 13 janvier 1790. — VERMOREL, *ib.* CARRÉ, p. 343. — LE MOY, *Le Parlement de Bretagne au 18e siècle*, p. 560.

(10) Le 16 janvier 1790. — CARRÉ, pp. 343-344. — LE MOY, *ib*

(11) Les magistrats opposants des Parlements de Rouen, de Bordeaux, ceux des Etats du Cambrésis, furent également mandés à la barre de l'Assemblée, en février 1790, pour répondre de leurs protestations. *Cf.* LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 49 et note (3). — CARRÉ. *Revue Hist. Moderne.* Oct. 07-Février 08, pp. 245 et s. La même mesure avait été prise à l'égard du Parlement de Metz, mais celui-ci ayant fait amende honorable par un arrêt du 21 novembre, fut dispensé de comparaître. — CARRÉ, *ibid.* 256-257.

l'époque, *Les Révolutions de Paris*, 5e numéro, p. 28 (15 Août 1789), nous en apporte la preuve : « Ce n'est pas sans impatience que l'on voit les parlements faire encore des actes relatifs à la législation. Les cris de joie, les applaudissements qui partent de tous côtés quand on prononce dans l'Assemblée Nationale le mot de suppression des Parlements, la motion qui en a été faite par les représentants de trois grandes provinces, cette assertion enfin qui est dans la bouche de tous les bons citoyens : « Point de liberté, si le nom même du Parlement n'est pas anéanti », tout prouve que l'opinion publique est entièrement déclarée contre ces corps aristocrates qui, depuis tant d'années, se sont dits si effrontément les représentants du peuple et qui n'ont voulu l'être que pour augmenter leur pouvoir et combler la mesure de ses malheurs. » (1).

Tels étaient donc les sentiments du législateur. En posant le principe de la séparation des pouvoirs, il entendait non seulement interdire à l'administrateur de juger, mais au juge d'intervenir dans les choses d'administration. Il voulait, dans ce système libéral, où le juge et l'administrateur étaient également élus, que le premier ne pût ressusciter les abus de l'Ancien régime, en garder l'esprit et perpétuer cette confusion déplorable qui avait été la source de si grands maux. Et c'est pour cela qu'ayant posé le principe dans l'art. 3 du titre III de la Constitution de 1791, et dans l'art. 8 de la Constitution du 5 Fructidor an III, il était résolu à le faire respecter.

S'il admettait la responsabilité des fonctionnaires, il ne voulait pas que son exercice vînt soumettre les actes administratifs à la censure des Tribunaux.

La discussion de la loi sur les Municipalités nous permet de saisir sur le vif cette tendance.

(1) Sur les craintes inspirées par l'attitude des Parlements, *cf.* CARRÉ, *Rev. Hist. Mod.* Fev. 08, *loc. cit.* p. 326, 329 et 329, 330.

Le 1er décembre 1789, le Comité de Constitution, par l'organe du député Target, soumettait à l'Assemblée un projet de décret sur la responsabilité des officiers municipaux (1). Deux cas y étaient envisagés.

Dans le premier, il s'agissait du préjudice personnel éprouvé par un citoyen du fait des corps municipaux. On lui reconnaissait le droit de se plaindre. Il devait s'adresser au Directoire de Département, représentant le pouvoir central. Le Directoire prenait avis de l'Assemblée de District qui vérifiait les faits allégués et décidait sur cette vérification.

Ce projet, manifestement inspiré du désir de protéger à la fois l'administrateur et le citoyen, fut adopté (art. 50) sans beaucoup de discussion, les principes ayant recueilli l'approbation générale.

Dans le second, il s'agissait, non plus d'un tort particulier, mais d'un délit d'ordre général, commis par les officiers municipaux dans l'exercice de leur mandat : malversation des deniers publics, trafic des intérêts à eux confiés. La plainte, pour être suivie, devait être signée de cent citoyens actifs au moins. On la présentait à l'Assemblée départementale.

Celle-ci faisait vérifier par l'Assemblée de district et renvoyait, s'il y avait lieu, la poursuite devant les tribunaux compétents (art. 51).

Cette partie du projet fut mal accueillie. S'il y avait accord sur la nécessité de la garantie administrative, un grand nombre de députés, parmi lesquels Mirabeau, s'élevèrent contre la nécessité de cent citoyens signataires : « Ce serait, dit ce dernier, pour les officiers municipaux, une sauvegarde certaine et un brevet d'impunité. »

---

(1) Archives Parlementaires. T. 10; p. 344 et s. 355 et s.

Après délibération, l'Assemblée décrèta les principes suivants :

1° La dénonciation des délits d'administration sera portée devant le Directoire de Département, avant de l'être aux Tribunaux;

2° Un seul citoyen actif pourra dénoncer un délit d'administration.

Le Comité, s'inspirant du vote, modifia le projet qui, adopté sans débat, devint l'article 61 du décret du 14 décembre 1789 : « Tout citoyen actif de la communauté peut signer et présenter, contre les officiers municipaux, la dénonciation des délits d'administration dont il prétendra qu'ils se sont rendus coupables. Mais avant de porter cette dénonciation devant les Tribunaux, il sera tenu de la soumettre à l'administration ou au Directoire du Département qui, après en avoir pris avis de l'administration ou Directoire du District, renverra, s'il y a lieu, la dénonciation aux juges qui doivent en connaître. »

Ainsi, pour les « délits d'administration », le législateur subordonnait l'action judiciaire à l'interprétation préalable d'un conseil administratif. En même temps qu'il proclamait la responsabilité des agents publics, il en paralysait, dans une certaine mesure, l'exercice. Par crainte de voir le juge usurper les fonctions d'administrateur, il permettait à l'administrateur de limiter celles du juge. Etait-ce bien là, comme on le proclamait, l'application du principe de la séparation des pouvoirs? Nous y verrions plutôt une mesure de précaution qui méconnaît sa véritable nature.

Pourtant, une circonstance qu'on néglige trop généralement de rappeler, domine ce texte : si le législateur se trompe ici sur la portée d'un principe qu'il pose si nettement ailleurs; du moins le fait-il encore dans le même but que doit réaliser la séparation des pouvoirs, la garantie de la liberté. C'est parce que les

corps judiciaires lui paraissent être pour celle-ci, pour les nouvelles réformes qui la fondent, une menace. qu'il les entoure de sa malveillante inquiétude. Et s'il subordonne la poursuite de fonctionnaires élus devant des juges élus à l'autorisation d'administrateurs, ces administrateurs eux-mêmes sont élus. Le citoyen lésé change de représentants pour faire entendre sa plainte. Il ne se trouve pas encore, comme il le sera plus tard, privé de ses juges naturels, pour être contraint de s'adresser au suprême Conseil d'une administration hiérarchisée, centralisée, toute puissante.

Tel quel, d'ailleurs, ce texte ne fut pas accepté sans résistance. On voulut contester sa portée et soutenir que les délits d'administration qu'il visait se distinguaient des délits et quasi-délits de droit commun, pour lesquels la poursuite serait libre. Mais la loi du 22 décembre 1789 - 8 janvier 1790 vint renouveler la défense au pouvoir judiciaire de « troubler les administrations de département et de district dans l'exercice de leurs fonctions administratives. » (Sect. 3, art. 7). Enfin et surtout, la loi interprétative des 7-14 octobre 1790, qui en fixait définitivement le sens, ne laissa aucun doute sur les sentiments de l'Assemblée : « Conformément à l'article VII de la section 3 du décret du 22 décembre 1789 sur la constitution des Assemblées administratives, et à l'article 13 du titre II du décret du 16 août 1790 sur l'organisation judiciaire, aucun administrateur ne peut être traduit devant les Tribunaux, pour raison de ses fonctions publiques, à moins qu'il n'y ait été renvoyé par l'autorité supérieure conformément aux lois. »

Déjà, la loi visée du 16-24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, avait formulé la même prohibition : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler

de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs, pour raison de leurs fonctions. » (Titre II, art. 13).

Deux remarques doivent toutefois être faites, qui précisent à certains égards la portée de ces textes.

Il convient de noter, tout d'abord, le rôle réduit accordé par la Constitution au pouvoir exécutif (1), soumis aussi étroitement que le pouvoir judiciaire à l'autorité de la loi : — Article 3 de la Section 1 du Chap. II du Titre III de la Constitution de 1791. « Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi; le Roi ne règne que par elle, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger obéissance. »

— Art. 6 de la Sect. 1 du Chap. IV du Titre III : « Le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution. »

— Art. 3 de la Section II, Chap. IV du Titre III : « Ils (les administrateurs) ne peuvent suspendre l'exécution des lois. »; — toutes règles sanctionnées par la Déclaration des 7-14 octobre 1790 qui prévoit, en cas d'illégalité, le recours au corps législatif.

D'autre part, il faut relever la prohibition formulée dans la loi d'organisation judiciaire des 16-24 août 1790, de toute juridiction ou procédure d'exception. « L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels, par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui sont déterminées par la loi. » (Titre II, art. 17).

---

(1) La loi du 12 septembre 1791, sur la régence et la résidence des fonctionnaires au titre : « De la résidence des fonctionnaires », définit le roi, art. 3, le « premier fonctionnaire public. »

VII. — LA REVENDICATION DES PROCÈS D'ADMINISTRATION. LE CONFLIT

L'esprit de ces dispositions se retrouve dans les règles destinées à assurer la séparation des pouvoirs.

La loi avait interdit aux Corps judiciaires de connaître des actes de l'administration ou de ses agents. Le principe posé, il fallait en assurer le respect.

Deux choses étaient nécessaires pour cela : une procédure qui réalisât le dessaisissement de la juridiction incompétente, une autorité qui statuât sur ce dessaisissement.

Il ne pouvait venir à l'idée du législateur révolutionnaire de donner à l'administration, à quelque degré qu'on la prît, le droit de se fixer à elle-même sa mesure. Le législateur seul pouvait être investi d'un tel pouvoir. Aussi la loi des 7-14 octobre 1790, réunissant sous la même dénomination de « réclamations d'incompétence » celles qui dénonceraient un empêchement soit de l'administration sur les tribunaux, soit des tribunaux sur l'administration, donna-t-elle au corps législatif le pouvoir de les régler. « Les réclamations d'incompétence seront portées au roi, chef de l'administration générale, et dans le cas où l'on prétendrait que les ministres de Sa Majesté lui ont fait rendre une décision contraire au Droit, les plaintes seront portées au Corps législatif. »

Il semble que, malgré le trouble de cette période cette disposition fut appliquée; à ce point même que la Convention se serait saisie directement de ces jugements

de conflits, en laissant de côté toute intervention du pouvoir exécutif (1). Le pouvoir législatif, à cette époque, domine tout. En même temps qu'il tient l'administration sous la plus rigoureuse des surveillances, il exerce, par l'effet des articles 20 et 21 du chap. V du titre III de la Constitution de 1791, un droit de regard qu'il ne laisse pas faiblir sur les décisions judiciaires.

Pourtant, le désir de protéger l'administrateur ne fait pas oublier à l'Assemblée cette nécessité de garantir la liberté individuelle, qu'elle veut assurer à tout prix : « L'article 26 de la Constitution de 1791 (2) (chap. V, titre III) porte que « les commissaires du roi auprès des « Tribunaux dénonceront au directeur du juré, soit « d'office, soit d'après les ordres qui leur seront donnés « par le roi : les attentats contre la liberté individuelle « des citoyens, contre la libre circulation des subsis- « tances. »

Si sincère est son désir d'empêcher le renouvellement des anciens abus, qu'elle n'hésite pas à faire brèche au principe de l'autorisation préalable. Dans les articles 19, 20, 21, 24 de la grande loi pénale du 25 septembre-6 octobre 1791, elle accorde à tout citoyen blessé dans sa liberté de poursuivre criminellement le fonctionnaire ou le magistrat coupable ou complice de l'attentat : art. 24 : « S'il émanait du pouvoir exécutif quelque acte ou quelque ordre pour soustraire un de ses agents, soit à la poursuite légalement commencée de l'action en responsabilité, soit de la peine prononcée légalement en vertu de ladite responsabilité, le ministre qui aura contresigné ledit ordre ou acte et quiconque l'aura exé-

---

(1) LAFERRIÈRE, t. 1,, p. 208.

(2) Rapprocher des termes des art. 4 et 7 de la Déclaration des Droits du 26 août 1789, reproduite en préambule à la constitution.

cuté sera puni de la peine de dix ans de gêne » (1). De plus, la section 5 de cette loi de 1791 est uniquement consacrée aux « Crimes des fonctionnaires dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont conférés. » (2).

Telle est l'œuvre accomplie par l'Assemblée Constituante, par celle qui a véritablement posé les principes de notre droit public moderne. On le voit, son souci dominant est d'assurer la liberté individuelle. Pour cela, elle pose le principe de la séparation des pouvoirs, confie la justice à des juges élus, l'administration à des administrateurs élus, sous la souveraine autorité du législateur. Elle redoute l'action des juges, leur intervention dans la législation, dans la politique, dont la magistrature de la Monarchie a donné tant d'exemples, et de si récents. Elle craint que cette intervention ne s'exerce contre ces institutions nouvelles qui doivent assurer la liberté. Elle institue alors, sous le nom de

---

(1) DALLOZ. Répert. *Lois codifiées*. T. 30, p. 236.

(2) Il est à remarquer aussi que deux lois, des 14-17 avril 1791, et des 27 avril-6 juillet 1791, renvoyèrent, la première au Tribunal de Cassation tous les procès pendants au Conseil des parties et aux Commissions du Conseil; la seconde, aux Tribunaux, toutes les affaires pendantes aux Conseils des parties, des finances, des dépêches et à la grande direction, ainsi qu'aux commissions particulières, qui n'étaient pas de la compétence du Tribunal de cassation. SIREY, qui rapporte ce fait, généralement peu connu (Conseil d'Etat selon la Charte, pp. 11 et 12) écrit (note 1, p. 11) : « Sans doute, ces dispositions devaient être entendues en un sens concordant avec l'art. 13 du tit. 2 de la loi du 16-24 août 1790... Reste que les tribunaux se trouvaient... saisis... d'une foule d'affaires relatives au contentieux de l'administration ; que s'ils en renvoyèrent ou durent renvoyer quelques-unes, ils en jugèrent le plus grand nombre. Cela eut des inconvénients, mais s'il y avait quelques avantages, ils ont été remarqués, et ils pourraient être regrettés. »

réclamation d'incompétence, cette procèdure du conflit qui doit empêcher ces envahissements. Mais elle en attribue la connaissance, non pas à l'administration, non pas au ministre, mais au législateur lui-même. Et, craignant presque d'en avoir trop fait, d'avoir mis ainsi en péril cette liberté à laquelle elle consacre tous ses soins, elle sacrifie elle-même, dans les cas où elle lui paraît menacée, le principe de garantie qu'elle accorde à l'administrateur. Elle autorise alors le citoyen à exercer directement des poursuites criminelles.

Tels sont l'esprit et la lettre d'une législation dont les débris, adaptés par un miracle d'adresse à des systèmes tout différents, viendront fournir au pouvoir exécutif et à ses agents le moyen de se placer au-dessus des lois.

Il n'apparaît pas cependant, il faut l'observer, que cette crainte du pouvoir judiciaire, qui hantait l'Assemblée Nationale, fut un pur fantôme d'imagination. A diverses reprises, les Assemblées devront annuler des jugements abusivement rendus.

La Convention, par ses décrets législatifs des 21 prairial an II, 15 pluviôse et 1er fructidor an III (1), frappera ainsi une multitude de décisions.

Par la loi du 16 fructidor an III, elle annulera en masse des jugements rendus contre des membres des corps administratifs. En même temps, et par une disposition générale considérée aujourd'hui encore comme étant toujours en vigueur, elle fera « itératives défenses... aux tribunaux de connaître des actes administratifs, de quelque nature qu'ils soient », défense reproduite à l'art. 203 de l'acte constitutionnel de l'an III. Si l'on en croit Merlin, dans son rapport au

---

(1) DALLOZ. Répert. V°. Conflit, p. 103, et le rapport de CORMENIN, p. 106.

Conseil des Cinq-Cents, du 18 Floréal an V, ces mesures n'étaient rien moins que fondées. Il nous montre, en effet : « là un juge de paix disposant du revenu national, appelant devant lui un dépositaire des deniers publics, vérifiant sa caisse, et le condamnant par jugement à désobéir au Ministre des Finances; ici, un tribunal déterminant contre la décision administrative, un mode illégal de payer les contributions, et voulant forcer les receveurs à s'y conformer; plus loin, vingt tribunaux annulant des ventes de domaines nationaux. Il ajoute enfin : « Et vous verriez presque tous les tribunaux de la République citer devant eux, au mépris de l'art. 203 de l'acte constitutionnel, les administrateurs, à raison de leurs fonctions, leur demander compte de leurs actes administratifs et poursuivre souvent au criminel des actes prescrits par la loi, par l'autorité supérieure, et sur les motifs desquels le secret, seul garant de leur réussite, leur était recommandé. » (1).

Nous touchons ici le point où le conflit va dégénérer en abus. Déjà d'ailleurs le mécanisme en avait été modifié, dans un sens nettement favorable à l'autorité gouvernementale.

Avant d'indiquer la nature de cette modification, il convient de s'arrêter un instant sur cette constitution girondine, dont la Déclaration des Droits seule fut votée (2), et qui disparut devant le triomphe de la Montagne. Elle reprenait, dans son titre X, section 1, art. 16, les interdictions faites aux Tribunaux par les

---

(1) DALLOZ. Rép. V°. Conflit, p. 104, à la note.

(2) AULARD. *Histoire polit. de la Révolution Française*, p. 296. Le texte est reproduit par Aulard dans *La Révolution Française*, t. XXXIV, p. 503 et suiv. — AULARD, *Hist. pol. Rev. Fr.*, p. 282-283. — DEPAULE, thèse. — BOULEN, thèse.

lois de 1790 et 1791. De même, dans son art. 33 du titre VIII, elle reconnaissait aux citoyens « le droit de provoquer la mise en jugement des fonctionnaires publics, en cas d'abus de pouvoir et de violation de la loi ». Mais sa disposition la plus remarquable était, à coup sûr, l'institution qu'elle réalisait de la garantie administrative sept ans avant le Consulat. L'article 22 du titre V, relatif aux corps administratifs, inspiré de la loi sur les municipalités, en étendait le système aux administrateurs de département et aux membres des administrations inférieures. Toute poursuite contre les uns ou les autres était conditionnée par la décision du Directoire de département pour les agents qui en dépendaient, du Conseil National Exécutif pour les membres de l'administration de département.

Dans tous les cas, recours était ouvert de ces décisions au corps législatif. Fait important qui marque combien, au moment même où le législateur se préoccupait de la garantie du fonctionnaire, il entendait peu cependant faire de l'administration l'arbitre suprême des compétences, et lui abandonner ainsi un pouvoir qui n'appartient qu'à la seule souveraineté.

L'esprit de la constitution de 1791 vit encore dans ces dispositions.

La constitution du 24 juin 1793, rédigée sous l'inspiration des idées de Rousseau, et dans le but d'établir un gouvernement démocratique, ne semble pas avoir, sur la mise en œuvre de la responsabilité des fonctionnaires, posé des principes bien certains. Au titre « du Conseil exécutif », art. 74, elle dispose : « Il est tenu de les dénoncer (les agents publics), s'il y a lieu, devant l'autorité judiciaire ». En même temps, à l'art. 83 du titre « des corps administratifs et municipaux », « le corps législatif détermine les fonctions des officiers municipaux et des administrateurs, les règles de leur subordination et les peines qu'ils doivent encourir »

Au surplus, il n'y a pas lieu de s'y attarder, cette constitution ayant été suspendue deux mois après son acceptation par les Assemblées primaires, elle n'eut pas d'existence effective, et la loi du 19 Vendémiaire an II (10 octobre 1793), en disposant que le gouvernement de la France resterait révolutionnaire jusqu'à la paix, réduisit à rien les garanties qu'elle pouvait donner aux particuliers.

La chûte de Robespierre n'arrêta pas l'envahissement du pouvoir. Celui-ci, pressé par les circonstances, mais animé déjà d'un autre esprit que celui de l'Assemblée Constituante, chercha au contraire à affermir sur l'autorité des lois les pratiques de la dictature. L'article 203 de la Constitution du 5 Fructidor an III vint, une fois de plus, renouveler au juge l'interdiction de s'immiscer dans les choses d'administration et de citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. Le 16 Fructidor, un décret de la Convention, que nous avons relaté, annulant en masse les jugements prononcés contre les membres des corps administratifs, formula à nouveau les mêmes « itératives défenses ». Enfin, un dernier décret du 21 Fructidor, rendu en exécution du titre 5 de la Constitution, disposa « qu'en cas de conflit d'attributions entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative, il serait sursis jusqu'à décision du ministre, confirmée par le Directoire exécutif, qui en référerait, s'il en était besoin, au corps législatif. » (Art. 27). (1).

Nous retrouvons dans cette dernière proposition un écho des lois de la Constituante, mais combien affaibli. Cette fois, le pouvoir exécutif a la possibilité de se dire, en droit le souverain régulateur des compétences;

---

(1) DALLOZ. *Vis Conflits. Lois Constitutionnelles. Organisation Administrative.* DEPAULE. Thèse. BOULEN, thèse.

et en fait, il n'hésite pas à agir comme tel. Cette faculté qui lui est donnée de référer au législateur, véritable clause de forme dont l'exercice ne pourrait qu'amoindrir son autorité ; il n'en usera, si l'on en croit les auteurs, que dans une espèce (1), sur les 196 qui lui seront déférées pendant les quatre ans du Directoire (2).

Pourtant, ce bouleversement véritable des principes, ce dépouillement de la souveraineté au profit du pouvoir exécutif, et les conséquences qui pouvaient en résulter, n'avaient pas été sans frapper quelques hommes de ce temps.

Le 26 Thermidor an III (3), Siéyès avait proposé à la Convention son « jury constitutionnaire ». Ce devait être un organisme supérieur aux divers pouvoirs de l'Etat ; le gardien de la constitution et une « ressource d'équité naturelle » offerte à la liberté civile dans les cas imprévus par la loi. Cette troisième fonction seule nous intéresse. « Parmi les actes qui peuvent violer une loi, disait Siéyès, les uns sont responsables, les autres irresponsables. Il y a de même des fonctionnaires responsables et des fonctionnaires irresponsables ». Ces derniers sont ceux qui n'ont pas de juges naturels en cas de délits « d'excédence de pouvoir ». Sont tels les membres des missions électorale, constituante, de la jurie constitutionnaire, les juges et les jurés « applicateurs de la loi ». Les uns et les autres relèveront du jury constitutionnaire. Ainsi, par l'institution de ce jury, le particulier était assuré, dans tous les cas, de

(1) DALLOZ. V° Conflit, p. 103.

(2) LAFERRIÈRE, t. I, p. 209. DE CORMENIN. *Droit administratif*, t. 2 appendice.

(3) *Moniteur*, 26 Thermidor, an III.

trouver un juge. Et sa liberté en était accrue. « ...Si le citoyen se croit plus libre en jouissant du droit de réclamation, je n'ai pas besoin d'un autre motif pour le demander. » (Siéyès, loc. cit.).

L'exposé de ce projet avait demandé plusieurs séances; Bertin, membre de la commission de constitution, dite commission des III, prit ensuite la parole. Il approuvait le projet. Deux jours après, la Convention se prononçait; à l'unanimité le projet fut repoussé (1).

VIII. — SOUS LE DIRECTOIRE, L'ATTRIBUTION DES CONFLITS A L'EXECUTIF ROMPT LA SEPARATION DES POUVOIRS A SON PROFIT

Nous avons dit que la législation de l'An III avait, en fait, consacré la suprématie de l'exécutif sur le judiciaire et dépouillé le législateur d'un véritable attribut de souveraineté. Nous avons aussi indiqué que cette interprétation avait été celle de la pratique des conflits. La pensée du Directoire, sur l'opportunité d'un référé législatif, se trouve parfaitement exprimée dans un arrêté du 16 Floréal an V. Il ne doit transmettre le référé au corps législatif que lorsqu'il se présente de véritables doutes à éclaircir, des questions proprement dites à résoudre, et il est de son devoir de ne point se rendre, auprès du corps législatif, l'interprète des

(1) Depaule. Thèse, p. 38 et s.

référés qui ne présenterait aux législateurs rien qui fut digne de leur attention et qui ne tendraient qu'à consumer en pure perte leurs précieux instants (1).

On peut dire, sans sortir de l'exacte vérité, que dès ce moment c'en est fait de la séparation des pouvoirs, telle que l'avaient entendue les premiers législateurs révolutionnaires. Destinée à garantir le citoyen, elle devient un bouclier invulnérable pour l'administration et ses agents. Elle cesse d'être le principe de la délimitation respective des autorités administrative et judiciaire, pour devenir celui de l'indépendance absolue de l'administration vis-à-vis de la justice. Si l'autorité judiciaire avait autrefois cité à sa barre des administrateurs, l'administration prend une large revanche. A diverses reprises, des juges de paix sont mandés devant les membres du gouvernement, « magistrat prévaricateur ayant proclamé et provoqué la violation des lois »; ayant « poussé l'impudence et perfidie jusqu'à motiver sa conduite indécente sur un arrêté du Directoire » dont il a « dénaturé les dispositions » (arrêté du 16 Pluviôse an VI) (2). Le pouvoir ne craint pas d'employer envers eux les plus dures qualifications.

Le Directoire fit plus encore, il étendit le conflit aux matières criminelles : « de ce que l'autorité judiciaire n'a pas le droit de s'immiscer dans les opérations administratives, énonçait-il dans un arrêté du 10 Floréal an V, il n'en résulte pas que des administrateurs qui ont commis des délits dans l'exercice de leurs fonctions doivent rester sans punition; mais que c'est au Direc-

---

(1) DALLOZ. Rép. V° Conflit, p. 103. CORMENIN. *Questions de droit administratif*, 3e éd. Paris, 1826, t. I, p. 443, note 5. qualifie de « spécieuse » cette explication.

(2) BOULEN. Thèse, p. 52.

toire exécutif qu'il appartient, d'après l'art. 196 de la Constitution, de décider si les délits par eux commis, comme administrateurs, donnent lieu à des réparations ou à des peines dont la poursuite doive être renvoyée devant les tribunaux (1).

D'après ces principes, tous les mandats d'amener et d'arrêt, les actes d'accusation, citations en justice, procédures, ordonnances, jugements de condamnation contre les agents du gouvernement, sans autorisation préalable, étaient annulés par la voie du conflit, sauf la mise en jugement postérieure (v. arrêtés des 3, 12 Floréal, 8 Prairial, 16 Thermidor, 16 Fructidor, an IV) (2)

Du 13 Floréal an IV au 16 Brumaire an VIII, le Directoire rendit 22 arrêtés sur conflits d'attribution relatifs à des actions personnelles contre des agents administratifs. Un seulement porte invalidation du conflit. Il est intéressant de choisir parmi ces espèces quelques-unes, vraiment significatives. Action contre un agent municipal pour injures écrites, conflit validé « la lettre ayant été faite dans l'exercice des fonctions administratives et tendant au maintien de l'ordre » (arrêté du 4 Nivôse, an VI) ; — Plainte pour arrestation arbitraire contre des gardes nationales et des particuliers leur ayant prêté main-forte; conflit validé « la force armée agissant d'après les ordres des administrateurs n'est responsable de sa conduite qu'aux autorités administratives qui l'emploient, et les particuliers qui se joignent à elle participent à la même garantie » (arrêté du 18 Vendémiaire an VI); poursuite contre des officiers de l'état civil pour faux commis dans les registres; conflit validé « les actes de naissance,

(1) Dalloz. Rép. V° Conflit, p. 107, note.

(2) Dalloz. V° Conflits, p. 107, note.

de mariage et de décès font partie des fonctions administratives » (arrêtés des 12 Nivôse, 12 Pluviose, 24 Germinal an VII) (1).

L'usage du conflit sous le Directoire a été sévèrement apprécié par Cormenin, et Laferrière a reproduit ce jugement. Ce fut, dit-il, « un moyen de gouvernement plutôt qu'un règlement impartial des compétences... il s'inspirait avant tout de la raison d'état. » (2).

IX. — L'ÉVOLUTION DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS. DU PRINCIPE DE MONTESQUIEU A L'INTERPRÉTATION DE L'AN III.

Nous voici maintenant parvenus à la fin de l'époque révolutionnaire, celle où ont été formulés les principes qui nous régissent aujourd'hui, celle où pour la première fois ils ont été mis en vigueur. Essayons de dégager de cette étude, touffue par son sujet même, un enseignement sur l'exacte signification et la portée de ces principes.

Nous les avons observés, dès leur naissance, dans la littérature politique du XVIII[e] siècle. Nous les avons vus alors, liberté civile et séparation des pouvoirs, étroitement associés, comme le moyen et la fin. Nous les avons suivis dans cette grande Constitution de 1791, si minutieusement étudiée; ils s'y expriment dans les termes

(1) Bouleen, thèse, p. 53. Voir également Laferrière, t. I, p. 210.

(2) Laferrière. T. I, p. 210.

mêmes où ils ont été formulés la première fois. La constitution de 1793, ensuite, nous les montre, l'un très vif, celui de la liberté civile, l'autre déjà s'obscurcissant un peu, aux yeux d'un législateur qui fait manifestement plus confiance pour assurer cette liberté, à l'organisation politique qu'à l'aménagement juridique des grands pouvoirs de l'Etat. Après c'est la Dictature révolutionnaire; la raison d'état les tient suspendus. Enfin, le Directoire vient et, si on les proclame encore, c'est pour les interpréter de telle façon qu'ils se retournent contre celui qu'ils étaient destinés à protéger. Le citoyen n'est rien de plus devant le pouvoir que n'était naguère le sujet devant le Roi. C'est que la séparation des pouvoirs a changé de sens, comme elle a changé de but. Elle ne signifie plus maintenant, défense du droit individuel par un juge dont nul ne pourra troubler la justice; mais défense de l'administration contre l'individu, suprématie de l'administration sur la justice... Naguère, il appartenait au législateur souverain, de prononcer sur les cas où elle était invoquée; maintenant l'exécutif a usurpé une fonction de souveraineté que la justice lui refuse. Faite pour empêcher les évocations, elle a ressuscité le conflit. Elle est devenue un procédé de gouvernement. Du moins, le particulier a-t-il encore pour sa sauvegarde, le droit d'élire ses agents. Bientôt, dépouillé de ce don de l'Assemblée Nationale, par la Constitution de l'An VIII, il va redevenir ce qu'il était avant 1789, un sujet.

La conclusion se dégage d'elle-même. Le principe de la séparation des pouvoirs, tel que l'a fait la constitution de l'An III, tel qu'il a été interprété depuis cette époque et tel qu'on l'interprète aujourd'hui n'est pas celui qu'avait proclamé Montesquieu; qu'avait voulu réaliser la Constituante. Les mots n'ont pas changé, mais leur signification a été altérée jusqu'au contraire. Du principe compris à la façon de Montesquieu, un

commissaire du gouvernement disait lors d'une affaire récente « qu'il était censé régir encore notre droit public ». (M. Blum, arrêt Lemonnier. C.E. 26 Juillet 1918. D. 1918. 3.9); du principe appliqué par notre jurisprudence administrative sous ce titre usurpé, M. Hauriou (S. 1918-1919. 3.41 note) donnait cette appréciation qui le résume en entier : « il est tout dans l'intérêt du Gouvernement et ne peut être invoqué que par lui. »

III

De l'an VIII à 1870

III

L'ARTICLE 75
DE LA CONSTITUTION DE L'AN VIII

I. — L'article 75. Son objet. Dispositions complémentaires.

II. — Portée de l'article : quant aux personnes, quant aux actes, quant aux poursuites.

III. — Quant aux personnes.

IV. — Quant aux actes.

V. — Quant aux poursuites.

VI. — Nature de la garantie.

VII. — Survivance de l'art. 75 à la Constitution de l'An VIII.

VIII. — Projets de loi déposés pour son abrogation. Sous la monarchie de Juillet.

IX. — Sous la République de 1848.

X. — Appréciation de l'article 75.

L'ARTICLE 75
DE LA CONSTITUTION DE L'AN VIII

I. — SON OBJET
DISPOSITIONS COMPLÉMENTAIRES

La Constitution du 22 Frimaire An VIII (22 Décembre 1799) qui suivit le Coup d'Etat du 18 Brumaire, vint aggraver les principes et les pratiques du Directoire :

L'article 41, au titre IV « du Gouvernement » attribua au Premier Consul le droit de nommer « les membres des administrations locales et les commissaires du Gouvernement près les tribunaux. »

L'article 75, au titre VI « de la Responsabilité des fonctionnaires publics » posa cette règle que « les agents du Gouvernement autres que les Ministres ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat; en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires. »

Elle faisait disparaître ainsi cette garantie politique que les citoyens pouvaient trouver dans l'élection de leurs administrateurs. En même temps, elle renforçait l'inviolabilité du fonctionnaire en subordonnant sa poursuite à l'autorisation d'un corps dont les membres étaient les interprètes habituels du gouvernement (1).

(1) Art. 52 et s. de la Constit. de l'An VIII. Règlement du 5 Nivôse an VIII (26 décembre 1799).

Cette dernière disposition, d'une extrême importance, qui devait survivre à la Constitution qui l'avait édictée, ne disparaîtra que le 19 Septembre 1870.

Il est indispensable pour comprendre la jurisprudence actuelle, édifiée sur ce décret, d'en fixer très exactement l'esprit et la portée.

L'esprit en a été défini par Cormenin lors de son discours à la session de 1829. L'article 75 est une extension des dispositions de la loi des 7-14 Octobre 1790 : Le Gouvernement consulaire cherchait les forces du pouvoir dans l'énergique et vive impulsion de leur autorité; pour cela, il étendit la garantie à tous les agents et préposés quelconques de l'administration, il les assimila aux administrateurs. (1)

Il venait soumettre l' « exercice du droit des personnes lésées à des conditions, à des formalités, qui rendent presque toujours illusoire la responsabilité des fonctionnaires en crédit, au moyen de cette disposition tyrannique insérée par le plus habile et le plus absolu des despotes. » (2)

D'autres dispositions suivirent l'article 75, que nous devons signaler dès à présent. Elles n'avaient d'autre effet que d'attribuer à des autorités moins élevées que le Conseil d'Etat, le droit de statuer sur les demandes en autorisation de poursuites.

Deux arrêtés du 9 Pluviôse An X, autorisèrent le Directeur Général des Postes et celui de l'Enregistrement et des Domaines à traduire leur subordonnés devant les tribunaux, sans autorisation préalable. A ces Directeurs devaient également s'adresser le ministère

---

(1) Dalloz. Rép. V°. *Mise en jugement des fonct. pub.* p. 287.

(2) Toullier. *Droit Civil Français,* t. XI, 1823.

public et les parties qui voulaient agir contre un employé, au criminel ou au civil, pour faits relatifs à ses fonctions.

Un arrêté du 10 Floréal, An X, donna aux préfets le droit d'autoriser les poursuites contre les percepteurs des contributions directes.

Un arrêté du 28 Pluviôse, An XI, accorda le même droit à l'Administration générale des forêts, relativement à ses employés.

Un autre arrêté du même jour conféra au Directeur Général des Douanes compétence pareille à l'égard des agents de son administration.

Enfin, plus tard, et pour des motifs d'ordre politique, diverses dérogations furent apportées à la nécessité de l'autorisation préalable, à l'égard des agents de l'administration des Finances.

L'article 19 de la loi du 23 Septembre 1814, complété plus tard par l'article 94 de la loi du 15 Mai 1818, autorisait la poursuite directe des autorités qui établiraient des contributions illégales. Les autorités qui en ordonneraient l'établissement, et les agents ou employés qui en confectionneraient les rôles pouvaient être poursuivis comme concussionnaires, « sans préjudice de l'action en répétition, pendant trois années, contre tous percepteurs ou autres individus qui auraient fait la perception, et sans que, pour exercer cette action devant les tribunaux, il soit besoin d'une autorisation préalable. »

L'article 144 de la loi du 8 Décembre 1814, reproduit par l'article 244 de la loi du 28 Avril 1816, disposa que : « Les préposés ou employés de la régie prévenus de crimes ou de délits commis dans l'exercice de leurs fonctions, seront poursuivis et traduits dans les formes communes à tous les citoyens, devant les tribunaux compétents, sans autorisation préalable de la régie. »

L'article 55 de la même loi de 1816 contenait une disposition semblable à l'égard des agents des Douanes, accusés de forfaiture. (1) (2)

Dans tous les cas où l'autorisation était refusée par le service, recours cintre cette décision était ouvert en Conseil d'Etat.

II. — PORTÉE DE L'ARTICLE : QUANT AUX ACTES, QUANT AUX PERSONNES, QUANT AUX POURSUITES.

Ceci étant, l'étude de l'article 75 comporte la réponse aux trois questions distinctes :

1° Quelles personnes étaient agents du Gouvernement ?

2° A raison de quels actes ces agents étaient-ils protégés ?

3° Que fallait-il entendre par le mot poursuites ?

---

(1) Et de forfaiture seulement. Hors ce cas, l'autorisation était nécessaire (arr. du 24 août 1844, BUCHER).

(2) Un avis du Conseil d'Etat du 16 mars 1807, avait enlevé déjà la garantie constitutionnelle aux comptables destitués ou démissionnaires. La Cour de Cassation avait étendu cette disposition aux autres agents, mais le Conseil d'Etat avait repoussé cette doctrine (Cf. BATBIE, t. 2, p. 489).

III. — PERSONNES PROTÉGÉES PAR L'ARTICLE 75.

L'article 75 avait pour objet de protéger les agents administratifs contre les tribunaux inamovibles. La garantie ne s'appliquait donc pas aux magistrats, qui ne sont pas « agents du gouvernement » dans le sens usuel du mot, et dont le code de procédure (article 505) et le Code d'Instruction Criminelle (art. 479 et s.) avaient réglé la responsabilité civile et pénale.

Il ne s'appliquait pas non plus aux ministres qu'il exceptait formellement de ses dispositions, et dont la responsabilité était déterminée par les articles 71, 72 et 73 de la même constitution.

« Ce que la loi avait voulu garantir c'est l'indépendance des fonctionnaires auxquels est confiée l'action, ainsi que cela résulte de l'expression, agents, dont se sert la constitution consulaire. » (1)

Et Dufour s'exprimait en ces termes :

« Nous ne saurions croire que les besoins de l'ordre exigent que les employés de tout grade et en particulier les agents inférieurs dont les fonctions n'ont pas directement trait au mouvement administratif, jouissent du bénéfice de la garantie » et il appuyait son opinion de ces motifs : « Le législateur lui-même semble autoriser à restreindre la garantie pour ne l'accorder qu'aux agents du Gouvernement préposés à l'action administrative. Le Code Pénal, dans l'article 127, dont l'objet est de prévoir et de punir les poursuites intentées par des magistrats au mépris de la prohibition exprimée

(1) BATBIE, t. 2, p. 482.

dans l'article 75 de la constitution de l'An VIII, leur défend de « citer des administrateurs pour raison de l'exercice de leurs fonctions. » Or, il est bien évident ainsi que le remarque de Cormenin, que le Code n'a entendu par cette expression que de véritables administrateurs, mais non tous les employés quelconques du Gouvernement; mais ils ne sont pas, à proprement parler, des administrateurs. » (1) (2)

Il semble que l'on trouve dans cette distinction le principe de celle que Laferrière établira plus tard entre les fonctionnaires d'autorité et les fonctionnaires de gestion.

Sur ces bases, la jurisprudence avait posé le critérium suivant : Tout fonctionnaire ayant droit de dresser procès-verbal, participe de ce fait à l'exercice de l'autorité, par suite doit être considéré comme agent du Gouvernement. S'il n'est ni revêtu de ce droit, ni administrateur au sens précis du terme, il ne peut bénéficier de la garantie.

Cette théorie s'était établie en particulier à l'occasion des vérificateurs des poids et mesures. Jusqu'à la loi du 4 Juillet 1837, article 4, qui leur avait attribué le droit de verbaliser, la qualité d'agents du gouvernement leur avait été refusée (ordonn. du 23 Juillet 1841, — arrêt du 8 Juillet 1819, avis du Conseil d'Etat du 15 Janvier 1813). Par application de la même doctrine, la garantie avait été déniée aux agents-voyers, aux cantonniers et aux cantonniers-chefs (arrêts des 6 Septembre 1845, 4 Février 1847 et 23 Décembre 1848) (ordonnances des 26 Novembre 1840 et 20 Avril 1839).

La Cour de Cassation avait adopté une théorie voisine de celle du Conseil, moins extensive cependant.

---

(1) Cormenin, édit. de 1822, t. 2, p. 334.

(2) Dufour, T. 6, p. 381.

Dans l'arrêt Clemenceau, du 3 Mai 1838 (D. P. 1838, 1.462) elle avait décidé que pour être agent du Gouvernement, il fallait être dépositaire d'une partie de son autorité, agir en son nom ou sous son autorité immédiate, et faire partie de la puissance publique.

Quelque nette que fût, somme toute, dans son principe, la distinction à établir entre les agents du gouvernement et tous ceux qui touchent à un titre quelconque à l'administration, le Gouvernement ne « s'en était pas moins toujours attaché à faire considérer cette garantie comme illimitée et à l'étendre à tous les agents de l'administration; ainsi, les gardes des bois de la Couronne, (ord. du 19 Décembre 1821), et même ceux des bois possédés par les Princes à titre d'apanage et non à titre privé avaient été, par assimilation avec les gardes des forêts de l'Etat, admis à en bénéficier; de même les conducteurs des Pont et Chaussées (ord. du 16 Juillet 1842) sans en excepter les conducteurs auxiliaires (30 Août 1842), les conducteurs non embrigadés (6 Octobre 1842. » (1)

A l'égard des fonctionnaires investis à la fois de fonctions administratives et de fonctions judiciaires, on distinguait les fonctions suivant leur nature, et l'autorisation n'était pas exigée à l'égard de celles qui avaient un caractère permanent judiciaire. (2) Ainsi le maire, pris en sa qualité d'officier de l'état-civil, et soumis à ce titre à la surveillance du Parquet, ne bénéficiait pas de la garantie. (3)

A l'égard des membres des assemblées délibérantes, conseils généraux, d'arrondissement, municipaux ou de

---

(1) Dufour. T. 6, pp. 381, 382.

(2) Batbie. T. 2, p. 478.

(3) Décrets du 19 mai et du 14 juin 1852, 15 juillet 1854.

fabrique, il avait été décidé que, ne participant pas au pouvoir pour l'action, ils pouvaient être poursuivis sans autorisation préalable. (1)

Enfin, par application du même principe, ni les conseillers de préfecture, ni les conseillers d'état n'étaient couverts par l'article 75 . . .

On peut résumer tout ceci en disant que la jurisprudence avait reconnu le caractère d'agents du gouvernement à tous ceux qui possédaient une part quelconque de l'autorité publique; le signe extérieur de cette autorité résidait, en l'absence d'autre, dans le droit de verbaliser.

IV. — A RAISON DE QUELS ACTES CES AGENTS ÉTAIENT-ILS PROTÉGÉS

L'article 75 énonçait : « pour faits relatifs à leurs fonctions. »

La même tendance envahissante de l'administration à l'égard des personnes protégées se retrouve à l'égard des actes protégés.

Le texte était extrêmement vague. Le Conseil d'Etat n'hésita pas à l'interpréter dans un sens très favorable aux fonctionnaires ; il considéra comme fait relatif à la fonction tout fait ayant un rapport quelconque, même indirect, avec elle. Des exemples feront saisir l'extrême ténuité du lien, réel ou supposé, que la jurisprudence sut découvrir entre l'acte et la fonc-

(1) Décret du 8 novembre 1854 (D. P. 1855, III, 58), et décret du 31 juillet 1853 (D. P. 1854, 5e partie, table, colonne 388).

tion. En 1858, dans une affaire Balmade contre Lamothe, on discuta sur la question de savoir si les faits de violence et d'outrages commis par un forestier, en tournée, sur une femme, donnaient, comme faits connexes, lieu à l'application de l'article 75. La question ne fut pas résolue par le décret qui intervint (23 Juin 1858) et rejeta la demande, comme faite par une personne sans intérêt. On décida que l'agent des douanes qui frappe de son fusil un autre employé avec lequel il marche, commet un fait dommageable qui se rattache à ses fonctions (C. de Metz. Arrêt du 20 Août 1855, D. P. 1856.III.227); que l'agent des douanes au moment où il se dirige vers son poste d'observation et avant la poursuite des fraudeurs, est dans l'accomplissement de ses fonctions publiques (C. de Cass. Arrêt du 10 Juin 1858, D.P. 1858.1.240 et C. de Dijon, arrêt du 29 Janvier 1859. D.P. 1859, 2.81).

Le caractère de cette jurisprudence a été nettement indiqué par M. Cazalens au Dalloz (D. 72.1.387) : « Tout en posant en principe que la garantie constitutionnelle ne couvrait que l'exercice abusif de la fonction, c'est-à-dire, à proprement parler, les actes du fonctionnaire qui, tout en usant du pouvoir à lui conféré par les lois ou règlements, a fait un usage erroné, imprudent ou même délictueux, de son droit, elle avait en réalité étendu cette garantie aux usurpations de pouvoir les plus caractérisées, c'est-à-dire aux actes que le fonctionnaire n'avait pu commettre qu'en excédant les limites légales de son autorité et en s'arrogeant des droits que la loi attribue à d'autres agents ou n'attribue à personne. C'est ainsi que l'autorisation préalable était nécessaire, non seulement pour les délits administratifs, mais aussi, selon les cas, pour les délits communs, de telle sorte qu'on a pu dire, avec quelque exagération peut-être dans la forme, mais avec raison au fond, que l'agent trouvait en germe dans sa fonction le droit de tuer

(Cons. d'Etat, 6 Mars 1816, 3 Juin 1829) de commettre des attentats à la pudeur (Cons. d'Etat 18 Décembre 1839, 28 Janvier 1840), de se refuser à l'exécution des règlements concernant la salubrité publique (arr. Cass. Civ. 13 Novembre 1846, D.P. 46.4.298), de confisquer la propriété des particuliers (Paris, 16 Juillet 1864, D.P. 66.1.49) ».

« L'autorisation était exigée pour toutes les poursuites motivées par des faits, quelque étrangers qu'ils fussent à la fonction, à raison desquels l'agent justifiait de l'autorisation de ses supérieurs hiérarchiques. »
« Les faits reprochés selon la Cour de Cassation, étant alors ou pouvant être relatifs aux fonctions. (Req. 15 Novembre 1865. D.P. 66.1.49, Civ. rejet 31 Avril 1860. D.P. 66.1.176). Voir sur ce point Mangin, action publique, t. 2, n° 258. Roger, revue crit. 1865, p. 45 et s. » (1)

La théorie du système avait été fixée par un arrêt du 8 Mai 1846 (Regnault) (D. 1846 4.299), cassant une décision du tribunal correctionnel de Neufchatel, confirmée sur appel. Il s'agissait en l'espèce d'un préposé des ponts à bascule, qui, requis par un maire de procéder une seconde fois au pesage d'une voiture, lui avait porté des coups. Le tribunal et la Cour avaient vu dans cet acte un fait étranger à la fonction, et jugé l'autorisation inutile. La Cour de Cassation, dans la première partie de l'arrêt, définit l'agent du gouvernement « ...l'individu désigné par le gouvernement pour exercer une portion quelconque de l'autorité publique... »; elle relève « que les préposés des ponts à bascule sont nommés par le ministre... chargés d'un service public... ont le droit et le devoir de dresser des procès-verbaux... ont le droit de requérir la force pu-

---

(1) Cazalens. *Loc. cit.*

blique, soit pour leur protection personnelle, soit pour la suite à donner à leur procès-verbaux », elle conclut en affirmant que les préposés des ponts à bascule « doivent être considérés comme agents du gouvernement dans le sens de l'article 75 de la constitution du 22 Frimaire an VIII. »

Dans la seconde partie de l'arrêt, la Cour détermine l'acte relatif aux fonctions : « Attendu que l'article 75 de la Constitution du 22 Frimaire An VIII, n'exige pas que les faits à raison desquels la poursuite doit être intentée aient eu lieu dans l'exercice des fonctions de l'agent ; que s'il en était ainsi l'article 75 resterait toujours sans application puisque le droit de commettre un délit quelconque ne peut faire partie d'aucune fonction publique ; que l'article 75 veut seulement que les faits soient relatifs aux fonctions; Attendu que cette corrélation des fonctions et du délit est manifeste dans l'espèce actuelle où le délit aurait été commis, suivant la prévention, à la suite de la demande à lui adressée et du refus par lui fait, d'accomplir un acte qui faisait partie de ses attributions » et elle conclut à la nécessité d'une autorisation préalable, en l'absence de quoi, l'arrêt incriminé constitue un excès de pouvoir.

On saisit aisément ce qu'une telle argumentation présentait de spécieux. Le droit de commettre un délit, dit la Cour, ne peut jamais faire partie d'une fonction publique; par conséquent, et a priori, tous les actes de la fonction échappent à une responsabilité quelconque; — or, une protection est donnée aux fonctionnaires, il faut donc que certains actes en bénéficient; — ce sont les actes relatifs à la fonction, mais qui n'appartiennent pas à l'exercice de la fonction même; c'est-à-dire les actes qui ne sont, ni les actes de la fonction, ni les actes étrangers à l'exercice de la fonction. Ces actes sont peut-être assez difficiles à déterminer, et l'on doute que la séparation des pouvoirs (spécialement la loi des

7-14 Octobre 1790) ait eu précisément pour objet de les garantir. Ce qui est sûr, c'est qu'avec un critérium de ce genre, il était impossible qu'on n'en vint pas aux abus que nous avons signalés.

Telle quelle, la jurisprudence de l'arrêt Regnault fut suivie jusqu'en 1864. A cette époque, la Cour de Cassation, revenant sur son interprétation, rendit (31 Mars 1864) dans une affaire Cheronnet c/ Lefèvre-Pontalis, un véritable arrêt de principe (1). Un Maire, Cheronnet, au cours des opérations électorales qu'il présidait, par application de l'article 15 du décret organ. du 2 Février 1852, avait qualifié devant plusieurs personnes, Lefèvre-Pontalis de lâche, fainéant, ganache, propre à rien, ajoutant qu'il avait été chassé du Conseil d'Etat. Sur poursuite de Lefèvre-Pontalis, le Tribunal Correctionnel de la Seine déclara que « Cheronnet, président de section électorale, était alors dans l'exercice de ses fonctions, que c'était à bon droit qu'il avait invoqué la garantie constitutionnelle. » L'affaire vint en appel, la Cour de Paris, le 4 Décembre 1863, confirma cette décision « considérant que les faits étaient essentiellement relatifs aux fonctions, dont ils constitueraient l'abus s'ils étaient établis. »

Pourvoi fut alors formé; pour fausse application de l'article 75 et violation de l'article 7 de la loi du 20 Avril 1810. Le demandeur y soutenait la thèse suivante : Le législateur a entendu couvrir de la garantie administrative, non l'agent, mais la fonction; il faut dès lors que l'acte incriminé soit relatif à la fonction, c'est-à-dire qu'il constitue, suivant les expressions de M. Faustin-Helie, « un abus de la fonction, un emploi illégal ou frauduleux du pouvoir qui a été délégué à l'agent » (§ 164). Il ne suffit pas, comme

---

(1) D. 1864, I, 148.

les premiers juges l'ont admis, que le fait ait été commis dans l'exercice des fonctions, mais il faut qu'il existe un rapport entre ce fait et les fonctions. Or dans les faits de la cause, ce rapport n'existe pas.

Cette interprétation, la seule rationnelle et juste de la garantie administrative, fut adoptée par la Cour de Cassation qui l'exprima dans ces termes : « Attendu que la garantie de l'article 75 n'est que la conséquence du principe fondamental de la séparation des pouvoirs; qu'elle n'a eu pour objet que d'assurer l'indépendance de l'Administration à l'égard de l'autorité judiciaire, et de protéger, non la personne inculpée, mais l'acte administratif; qu'il ne suffit pas à son application que la partie poursuivie soit un agent du Gouvernement, ni même que les faits incriminés se soient produits pendant qu'elle remplissait sa mission, qu'il faut essentiellement, ainsi que le prescrit l'article 75, que ces faits soient relatifs à la fonction, en d'autres termes, qu'ils soient un acte de la fonction elle-même, avec laquelle ils s'identifient, et dont ils constituent un exercice bien qu'abusif; que c'est alors au Conseil d'Etat qu'il appartient, même au cas où le fait reproché serait qualifié crime ou délit par la loi, de reconnaître l'abus, de proclamer la responsabilité personnelle de l'agent, et de livrer, s'il y a lieu, sa personne aux tribunaux... »; en conséquence de quoi l'arrêt de la Cour de Paris était cassé, « n'ayant pas, dans l'espèce particulière, donné des motifs suffisants pour justifier en droit l'application de l'article 75, et ainsi violé les dispositions de l'article 7 de la loi du 20 Avril 1810. »

La note sous cet arrêt au Dalloz (D. 1864 1.148) en marque toute la portée. « La nécessité d'une relation directe entre l'acte poursuivi et la fonction pour l'indépendance de laquelle la garantie de l'autorisation préalable est invoquée est admise aujourd'hui par la juris-

prudence du Conseil d'Etat comme par celle de la Cour de Cassation. (v. à cet égard Mangin, Action publique, t. 2. n° 258, Dufour, Droit adm. appliqué 2e édit. t. 6. n° 422. Jur. Gén. v° mise en jugement n° 146 et suivants. Add. Crim. Rejet 2 Mars 1854. D.P. 54.1.104, et 19 Juin 1863 D. P. 63.5.189 et Cons. d'Etat 15 Juin 1858. D.P. 59.3.3). Il ne suffit pas que l'agent poursuivi allègue avoir agi dans l'exercice de ses fonctions, pour qu'il y ait lieu à recours au Conseil d'Etat en autorisation de poursuites. (Crim. rej. 16 Avril 1858, D. P. 58.1.295). Les Tribunaux peuvent et doivent, en effet, rechercher si le rapport entre l'acte incriminé et les fonctions existe réellement. (V. Metz, 22 Mai 1862. D. P. 63.5.189 et les renvois).

Retenons les principes posés par l'arrêt. La garantie du fonctionnaire est la conséquence de la séparation des pouvoirs. Elle protège, non la personne, mais l'acte administratif. Pour qu'elle s'exerce, il faut que le fait incriminé soit un acte de la fonction, dont il constitue l'exercice abusif ; ou pour employer la terminologie courante aujourd'hui, qu'il constitue une faute de service. (1)

Si la faute se détache de la fonction, la poursuite reste libre ; il y a alors, dirions-nous, faute personnelle.

Cette jurisprudence a été critiquée par Laferrière (2). « La doctrine de l'arrêt de 1846 était la vraie. L'arrêt de 1864 confondait les deux systèmes de protection organisés en faveur de l'administration, d'un côté la protection donnée aux actes administratifs par le principe de la séparation des pouvoirs et garantie par le conflit, de l'autre, la protection donnée au

---

(1) M. Jacquelin, à son cours.

(2) Laferrière, t. I, p. 639.

fonctionnaire poursuivi en sa dite qualité, à raison de fautes personnelles et assurée par l'autorisation préalable. »

Il nous paraît que l'on peut répondre à cette critique : effectivement l'acte administratif était protégé par le conflit, et l'agent par l'autorisation préalable. Mais c'étaient là deux modes de protection juxtaposés et non superposés l'un à l'autre qui visaient deux situations distinctes. Tous deux n'avaient qu'une même origine : la séparation des pouvoirs, aussi bien sur quel principe eût pu s'appuyer la nécessité de l'autorisation préalable, à défaut de celui-là, si l'on tient compte surtout que l'article 75 venait seulement compléter la loi des 7-14 Octobre 1790, qui en était l'expression immédiate. Il est donc exact de dire, que malgré de nombreuses et regrettables déviations, le fait relatif à la fonction avait été nettement fixé par les termes de l'arrêt Cheronnet, de 1864.

V. — QUE SIGNIFIAIT ENFIN LE MOT « POURSUITES » EMPLOYÉ PAR L'ARTICLE 75

Incontestablement, il s'appliquait aux actions devant les juridictions répressives, tribunaux criminels et correctionnels. On l'a vu par les décisions que nous avons rapportées. Pour lever d'ailleurs toute espèce de doute à ce sujet, le Décret du 9 Août 1806, art. 3, avait spécifié : « Les dispositions de l'article 75 de l'acte constitutionnel de l'An VIII ne font point obstacle à ce que les magistrats chargés de la procédure des délits informent et recueillent tous les renseignements relatifs aux délits commis par nos agents

dans l'exercice de leurs fonctions, mais il ne peut être, en ce cas, décerné aucun mandat ni subi aucun interrogatoire juridique sans l'autorisation préalable du Gouvernement. »

L'article 4 du même décret posait les principes de la procédure. En fait, la demande en autorisation dans ce cas, était envoyée par le Procureur Général au Garde des Sceaux, qui adressait le dossier au Conseil d'Etat, en donnant avis de la demande au Ministre dans le département duquel se trouvait l'agent. (1)

L'article 75 s'appliquait-il également aux actions civiles, plus précisément aux actions qui impliquaient un délit, un délit civil ou un quasi délit de l'agent ? Certaines décisions judiciaires avaient admis la négative, mais c'était là, écrit Batbie « une restriction arbitraire du mot poursuite, qui d'après son sens naturel est général, et s'entend de toutes les réclamations portées devant la justice, depuis la demande introductive jusqu'aux voies d'exécution; le motif de l'article 75 s'appliquait d'ailleurs aux poursuites civiles comme aux poursuites criminelles, car les agents administratifs pourraient être inquiétés par des condamnations en dommages-intérêts tout aussi bien que par des amendes. » Aussi la jurisprudence exigeait-elle l'autorisation préalable pour les poursuites civiles (C. Cass. ch. civ. arrêts du 30 Juillet 1861. D. P. 1861.1.380, et 21 Août 1855. D. P. 1855.1.407).

Dans ce cas, s'il s'agissait d'une action correctionnelle, la partie devait déposer une plainte, et le juge faire un commencement d'instruction, le Conseil d'Etat repoussant les demandes en autorisation qui ne présen-

---

(1) Batbie, t. 2, p. 487. — Dufour, t. 6, p. 373.

taient pas ces deux caractères (1); s'agissait-il d'une action civile, la partie pouvait s'adresser au Conseil d'Etat par lettre, ou pétition transmise par l'intermédiaire du ministère public ou du préfet qui l'envoyaient au Ministre de la Justice ou à celui de l'Intérieur. On admettait aussi les demandes directement adressées au Secrétariat du Conseil d'Etat.

Quelle était la nature juridique exacte de la garantie administrative : Les arrêts et les auteurs nous répondent : Une exception qui doit être proposée devant les Tribunaux (C. d'Etat 24 Mars 1824, Paris c/ Etienne; (22 Avril 1858, Boulet c/ Gambard, 9 Novembre 1869. Laferrière c/ Manceaux, 24 Novembre 1869, Ricaud c/ Laglaire (Recueil 1869, p. 1211); mais une exception d'ordre public pouvant être proposée pour la première fois devant la Cour de Cassation (26 Déc. 1827; Jacquet c/ Thirion. Recueil, arrêts du Conseil d'Etat, 1827, p. 621), et même soulevée d'office par le juge (Batbie. t. 2. p. 481).

Ainsi, la garantie constituait une exception d'ordre public qu'il était possible au fonctionnaire d'invoquer contre toute poursuite; et qui s'imposait d'elle-même aux magistrats de la justice répressive. Mais, parce qu'elle n'était qu'une exception, il avait la faculté d'y renoncer. (Dufour. t. III, p. 531).

Ce caractère de protection personnelle que présentait la garantie administrative entraînait une conséquence extrêmement importante. La garantie abandonnée par l'agent, ou déclarée inapplicable par le Tribunal ne pouvait être ressaisie par le conflit. « L'ancienne juris-

---

(1) Véritable formule de style : attendu qu'il n'existe « ni plainte ni commencement d'instruction. » Voir en ce sens arrêt C. d'Etat 12 avril 1829. De Cormenin, rap. aff. vill de Strasbourg.

prudence (1) s'était elle-même montrée fidèle à cette doctrine (ordonn. du 10 Décembre 1817. Hurth) écrit Dufour (loc. cit.) cependant il se rencontre sur ce point, dans l'époque antérieure à 1820, quelques précédents, empreints de cet esprit dominateur qui animait l'administration sous le Directoire et sous l'Empire. Une ordonnance du 27 Décembre 1820, notamment, décide entre les sieurs Serres et Augas « qu'il y a lieu d'élever le conflit si un Tribunal, saisi d'une poursuite contre un fonctionnaire public, passe au jugement avant l'autorisation préalable du Gouvernement. » (2) L'article 3 de l'ordonnance du 1er Juin 1828 mit un terme à ces abus : « Ne donneront pas lieu au conflit : 1° le défaut d'autorisation... de la part du Gouvernement, lorsqu'il s'agit de poursuites dirigées contre ses agents... ». Les auteurs de l'ordonnance se proposaient « de rendre impossible une confusion dans laquelle l'ancienne jurisprudence était parfois tombée, et qui consistait à oublier que le conflit n'a trait qu'à la compétence, pour le considérer comme un moyen remis à l'administration pour retenir et faire respecter toutes les garanties, sans distinction aucune, qui lui ont été imparties par les lois, soit afin de lui assurer une pleine liberté d'action, soit en vue de protéger directement les intérêts confiés à ses soins. » (3) Remarquons-le toutefois, telle était la tendance de l'administration à tout envahir, que malgré la prohibition de l'ordonnance

---

(1) Il s'agit de la jurisprudence de la Restauration. Le Directoire et l'Empire se servirent du Conflit pour redresser l'absence d'autorisation. DALLOZ. Rep. V° Conflit, p. 127. n° 57.

(2) Voir également DALLOZ. Repert. V° Conflit, n° 57.

(3) DUFOUR. *Ibid.* 532-533.

de 1828, nous rencontrons des arrêtés de conflit pris dans cette hypothèse. (ordonn. du 12 Avril 1829 aff. Pfroehler; 9 Décembre 1845, aff. Mouton).

Il nous reste maintenant, avant de porter un jugement d'ensemble sur l'institution de la garantie administrative, telle qu'elle était réalisée par l'article 75, à nous demander comment cet article avait pu survivre à la constitution qui l'avait produit. La réponse à cette question est proprement l'histoire de l'article 75, de 1799 à 1870.

VII. — SURVIVANCE DE L'ARTICLE 75 A LA CONSTITUTION DE L'AN VIII.

Aussitôt l'Empire tombé, et dès le premier retour des Bourbons, la question se posa de savoir s'il avait survécu à la ruine de la Constitution de l'An VIII. Un arrêt du Conseil d'Etat du 11 Décembre 1814 répondit de manière affirmative.

Vinrent ensuite les Cent Jours. L'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire, du 22 Avril 1815, promit, dans son article 50 « que l'article 75 du titre VIII de l'acte constitutionnel du 22 Frimaire An VIII serait modifié par une loi. »

Au second retour des Bourbons, la discussion se rouvrit. Les partis politiques de gauche et du centre affirmèrent qu'il avait disparu des lois en vigueur. Parmi les jurisconsultes, Henrion de Pansey (1), Tout-

(1) *Du Pouvoir Municipal*, p. 59.

lier (1), Cormenin (2), le soutinrent également. « Comme la disposition de cet article est organique, disait Henrion de Pansey, et que la prérogative qu'elle conférait au Conseil d'Etat faisait partie de ses attributions constitutionnelles, l'article, le conseil et la constitution ont dû éprouver le même sort. » Cormenin se fondait aussi sur le changement notable que la Charte avait apporté dans les attributions constitutionnelles du Conseil d'Etat. Toullier, après avoir reproché à l'article 75 qu'il qualifiait de disposition tyrannique, d'enlever à la liberté, à la sûreté même des citoyens, les garanties qu'elles ne peuvent trouver que dans la libre action des tribunaux, examinait si l'on pouvait invoquer en faveur de son maintien l'article 68 de la Charte portant que « les lois actuellement existantes, qui ne sont pas contraires à la présente Charte, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé », répondait : « c'est la Charte... rien que la Charte qui est aujourd'hui notre seule constitution; les Tribunaux n'en doivent pas reconnaître d'autre... Du moment que la Charte fut proclamée, la constitution de l'An VIII fut, avec ses accessoires, légalement et irrévocablement abrogée. »

Le Conseil d'Etat lui-même partageait cette incertitude sur le sort de l'article 75, si l'on en croit Edouard Laferrière (3). « ...Il regrettait cette omission, mais il lui paraissait également impossible de modifier le texte de la Charte ou de soutenir que l'article 75 n'était pas abrogé. On n'avait pas encore révélé que cet article 75 n'est pas un texte ordinaire, qu'il échappe aux règles

---

(1) *Droit Civil Français*, n° 225.

(2) *Questions de Droit Administratif*, éd. 1826, t. 2, p. 529, note.

(3) Rivalité des Parlements avec les intendants et le Conseil du Roi. 1866, p. 38.

communes de l'abrogation légale, et qu'il peut essuyer, sans en être ébranlé, tous les chocs des révolutions. C'est alors qu'on imagina de rechercher dans les lois de la Constituante quelques dispositions propres à remplacer l'article 75. On en trouva deux : l'une empruntée à la loi du 22 Octobre 1789, défend aux tribunaux de poursuivre sans l'autorisation des directoires de département, les délits d'administration dénoncés par les citoyens actifs. — Bien qu'il n'y eut plus sous la Restauration, ni directoires de département, ni dénonciation civique des délits d'administration, on déclara que ce texte était toujours en vigueur, et qu'il défendait la poursuite des délits de droit commun. Une autre disposition, empruntée à la loi d'organisation judiciaire, défend aux juges, à peine de forfaiture, de troubler les opérations des corps administratifs, et de citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions, et on en conclut aussitôt qu'ils ne les pouvaient citer pour raison de leurs délits ou quasi-délits; et voilà comment l'Assemblée Constituante, qui avait inscrit au fronton de son œuvre le principe d'égalité devant la loi, se trouva avoir créé, en faveur des fonctionnaires publics, ce privilège qu'un ancien préfet de Napoléon appelle sans détour un « brevet d'impunité. » (1).

Une chose surtout est à retenir de cette dernière citation. Peu sûre de l'article 75, l'administration de cette époque invoque les dispositions de la loi des 16-24 Août 1790.

Aujourd'hui, où l'article 75 est légalement abrogé depuis 1870, elle n'emploie pas d'autre moyen pour couvrir ses agents. Nous en ferons la discussion critique plus tard.

---

(1) M. Monnier, Préfet d'Ille-et-Vilaine, puis Conseiller d'Etat. — Touillier. *Droit Civil Français,* I, 198.

Voyons maintenant comment le procédé fut accueilli alors : « L'émotion fut grande dans les rangs des jurisconsultes, lorsque cette doctrine parut au grand jour; le barreau de Paris la condamna dans une consultation collective, et Toullier, qui écrivait son premier volume des Commentaires, Toullier qui connaissait les lois révolutionnaires et les avait vu fonctionner, releva dans son livre, avec une sorte d'emportement, l'erreur de la jurisprudence : « Oui, dit-il, il appartient à l'autorité supérieure de vérifier les délits d'administration, mais conclure de là que l'on ne peut sans l'autorisation du Conseil d'Etat, poursuivre un fonctionnaire coupable qui a attenté à la liberté individuelle ou à la sûreté d'un citoyen, qui a commis des violences sur sa personne, qui l'a maltraité, blessé, estropié, assassiné, c'est déraisonner si évidemment et si complètement que l'on ne peut, sans manquer au respect qui lui est dû, prêter un pareil raisonnement au Conseil d'Etat » (1).

Ce n'eût pourtant pas été manquer de respect au Conseil d'Etat que de raisonner ainsi, mais prévoir sa jurisprudence. La Cour de Cassation elle-même, par deux arrêts, du 30 Novembre 1821 (Laurent c/ Rhedon), et du 29 Juillet 1824 (Minist. Pub. c/ Furet) affirma que l'article 75 était toujours en vigueur « attendu que la disposition de cet article prescrivant la nécessité de l'autorisation du gouvernement pour poursuivre des fonctionnaires administratifs, à raison de faits relatifs à leurs fonctions, est en effet, exclusivement relative à l'ordre administratif et ne se réfère nullement à l'ordre politique. » (arrêt de 1821). (2)

---

(1) TOULLIER, *op. cit.* p. 199. LAFERRIÈRE. *Rivalités des Parlements*, p. 39.

(2) DALLOZ. Répert. V° Mises en jugement, p. 288, note.

VIII. — PROJETS DE LOI DÉPOSÉS POUR SON ABROGATION SOUS LA MONARCHIE DE JUILLET.

La révolution de 1830 promit dans sa Charte, art. 69, § 2, d'instituer « dans le plus bref délai possible, la responsabilité des ministres et autres agents du pouvoir. » Elle maintenait ainsi, implicitement, et jusqu'au vote d'une loi, « l'article 75 que beaucoup estimaient enseveli sous les barricades. » (1) Cette loi ne fut jamais votée. Un premier projet fut déposé par le député Devaux en 1832 (2). Il distinguait les fonctionnaires administratifs qui seraient soumis à une responsabilité civile sans entrave, et les fonctionnaires politiques (ministres, préfets, maires) qui ne pourraient être poursuivis que devant la Cour Royale de leur ressort, et après autorisation de leur supérieur hiérarchique. Il accordait ainsi trop et trop peu, établissant en fait, pour les fonctionnaires politiques un régime d'irresponsabilité. Aussi souleva-t-il une hostilité générale. « On le déclara mort-né; et le projet fut étouffé par la mauvaise volonté de tous les partis, la gauche ne voulant pas de l'irresponsabilité des agents politiques, la droite n'approuvant guère la libre poursuite des agents administratifs. La discussion n'eut jamais lieu. » (3)

Deux ans après fut présenté un nouveau projet, dit projet Barthe, du nom du Garde des Sceaux qui l'avait

---

(1) M. DE TRACY-DALLOZ, *ibid.*, n° 23.

(2) *Moniteur*, 4 déc. 1832. Archives Parlementaires, 2e série, t. 78, p. 56, 97 et 102.

(3) NESMES-DESMARETS, p. 130, thèse.

préparé. Ce projet n'était autre que celui de M. Devaux, presque sans modification. Remanié de fond en comble par la Commission Parlementaire, il vint à la Chambre des Députés le 17 Mars 1835. (1) Son principe était la combinaison des deux systèmes préventif et repressif : l'Autorisation était maintenue, mais attribuée à la Cour Royale; en cas de débouté, le demandeur pouvait être condamné à une amende de cent à deux mille francs et en outre à des dommages-intérêts. Ce projet, très restrictif, souleva une protestation unanime. Renvoyé devant la Commission, il fut, une fois encore, refondu. L'autorisation passait cette fois de la Cour au Ministre. Celui-ci assumait la responsabilité aux lieu et place de son inférieur; il devait être poursuivi seul si ce dernier était un fonctionnaire administratif, et concurremment avec lui devant la Chambre des Pairs, s'il était fonctionnaire politique.

Ce projet fut repoussé le 26 Mars 1835 (2). Quelques jours après, la Chambre adoptait une proposition de M. Vivien (3). Aux termes de celle-ci le ministre devait couvrir son inférieur dans les trois mois; passé ce délai, la poursuite devenait libre. Le projet ne parvint à la Chambre des Pairs qu'après de longs retards. Il y fut discuté durant trois séances, les 16, 19 et 20 Avril 1836 (4). Il ne devint jamais une loi.

---

(1) *Moniteur*, 18 mars 1835. Archives Parlementaires, 2e série, t. 93, p. 235.

(2) *Moniteur*, 27 mars 1835.

(3) *Moniteur*, 2 avril 1835.

(4) *Moniteur*, 16, 17, 20, 21, 30 avril 1836.

IX. — SOUS LA RÉPUBLIQUE DE 1848

Les attaques contre l'article 75 reprirent, et la question de sa validité se trouva de nouveau posée après la Révolution de 1848, la Constitution du 4 Novembre 1848 ne contenant à cet égard aucune disposition spéciale.

L'incertitude fut vite dissipée d'ailleurs. Le 29 Avril 1848, aff. Migaud (D.P. 48.1.83) la Cour de Cassation décida qu'il n'avait point été aboli par l'effet de la Révolution de Février. Une commission fut pourtant nommée pour établir un projet de loi sur la responsabilité des agents de l'Etat. Ce projet fut présenté par Cremieux le 18 Février 1849 (1). Seuls les actes relatifs à la fonction bénéficiaient de la garantie; l'autorisation était donnée par le Conseil d'Etat pour les agents supérieurs, par le Conseil de Préfecture pour les autres. L'obéissance à un ordre régulier en la forme, mais illégal, n'exonérait pas de la responsabilité. Ce projet, hâtivement rédigé, et mal étudié, ne fut pas voté. Représenté l'année suivante par M. Pradié, il ne fut pas mieux accueilli (2).

Sous l'Empire, l'article 75, naturellement indiscuté, fut exploité par le Gouvernement dans ses dernières conséquences. De 1861 à 1865, il y eut 150 demandes d'autorisation de poursuites civiles, sur lesquelles 22 seulement reçurent réponse favorable. En matière électorale, il y eut, sur 24 demandes formées de 1855 à

---

(1) *Moniteur*, 17 mars 1849.

(2) Nesmes-Desmarets, thèse, p. 130 et s.

1864, une seule autorisation d'accordée (1). L'Empire libéral se montra un peu moins restrictif. Peu avant sa chute, Napoléon III faisait mettre à l'étude un nouveau projet de responsabilité des fonctionnaires (2). Les événements le rendirent inutile.

Tous ces projets d'abrogation et de réforme par des lois ordinaires du système établi par l'article 75 n'étaient possibles, il y a lieu de le souligner, que parce que cet article avait perdu sa force de disposition constitutionnelle à la chute de l'Empire, en gardant le caractère de loi ordinaire, parce qu'il avait été admis, suivant la formule de la Cour de Cassation dans son arrêt du 30 novembre 1821 (D. Rep. v° Mise en jugement. p. 288, note), « qu'il était relatif à l'ordre administratif et non à l'ordre politique ». C'est pour cela qu'en 1870, il pourra être abrogé par un simple décret-loi (3).

X. — APPRÉCIATION DE L'ARTICLE 75

Parvenus ici, essayons de fixer les enseignements qui se dégagent de l'histoire de la garantie administrative.

---

(1) Ducrocq. *Cours de droit administratif*, t. I, p. 578.

(2) Grangé. *Des doctrines politiques du parti républicain à la fin du Second Empire* (thèse Bordeaux, 1903).

(3) Voir Carré de Malberg. *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. II, p. 578, note. Il faut observer toutefois qu'en 1870, l'abrogation sera prononcée par un gouvernement réunissant dans ses mains tous les pouvoirs, et que cette abrogation sera maintenue par la commission de Révision de l'Assemblée Nationale, qui détenait le pouvoir constituant.

Nous avons dit qu'elle se rattachait, par sa nature et par ses origines, au principe de la séparation des pouvoirs. « L'article 75 n'a rien créé de nouveau, il n'a fait que proclamer ce qui ressortait de toutes les dispositions de nos lois depuis 1789, ce qui était une conséquence de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire », lisons-nous au Répertoire de Dalloz (1).

Cela est vrai quant au principe; ce l'est moins quant au détail. L'article 75 avait systématisé la protection accordée aux agents par les lois révolutionnaires; il avait attribué en dernier ressort à un tribunal administratif, conseil du gouvernement, le droit de les en priver. Il avait ainsi fait du passage devant un tribunal administratif une condition d'accès aux juges ordinaires; le principe (2), sans doute, restait le même, mais son application devenait infiniment plus rigoureuse.

Cette protection pouvait devenir un instrument d'arbitraire. Elle le fut effectivement. Nous avons reproduit un certain nombre de décisions qui permettent d'en juger. Les formes mêmes de la procédure y autorisaient (3).

Aussi bien, personne ne s'y était trompé. Dès la promulgation de la Constitution de l'An VIII, un

---

(1) V° Mise en jugement, p. 287.

(2) Le principe de la séparation des pouvoirs, tel, bien entendu, que l'avait interprété la jurisprudence du Directoire.

(3) Ce n'était pas la section du Contentieux du Conseil d'Etat qui statuait, — elle aurait pu dire le droit, — mais la section de législation ; dont les décisions étaient absolument libres et qui avait la faculté de s'inspirer de vues purement politiques. Les deux sections du Conseil furent alternativement chargées des demandes de mise en jugement. Ce fut primitivement la section de législation. Pen-

contemporain écrivait (1) : « Indiquons cependant une disposition d'une conséquence plus réelle (que celles concernant la responsabilité des ministres) mais dans un sens absolument opposé aux idées de responsabilité, et destinée à déclarer indépendants les agents du Gouvernement..., c'est l'affranchissement des agents du Gouvernement de toute espèce d'inspection et de poursuite de la part des tribunaux, sans le consentement du Gouvernement lui-même. Jamais un Gouvernement modéré n'a pu subsister à de telles conditions. Je laisse là l'exemple de l'Angleterre, où de pareilles lois seraient considérées comme une dissolution absolue de la liberté; mais je dirai que, sous l'ancienne Monarchie française, jamais un Parlement, ni même une justice inférieure, n'aurait demandé le consentement du Prince pour sévir contre une prévarication connue de la part d'un agent public, contre un abus de pouvoir manifeste... Enfin, c'est une expression trop vague que celle d'agents du Gouvernement, et l'autorité, dans son immense circonférence, peut avoir des agents ordinaires et des agents extraordinaires..., et si, dans l'exercice de leurs fonctions, ils sont tous hors de l'atteinte de la justice.... le gouvernement aura dans sa main des hommes qu'un tel affranchissement rendra fort audacieux et qui seront encore à couvert de la honte par leur dépendance directe de l'autorité. Quels instruments de choix pour la tyrannie! ».

---

dant quelque temps, ce fut même, chose pire, la section de l'intérieur. — Ordonn. du 29 juin 1814 (contentieux), du 23 août 1815 (législation). du 20 sept. 1815 (contentieux). Dans le dernier état du Droit, c'était la section de législation : BATBIE, t. 2, p. 487. CORMENIN, *Droit adm.*, 2 vol. 1840, t. II, p. 340, note 1. — NESMES-DESMARETS, p. 124.

(1) *Sur la constitution française du 22 Frimaire An VIII*, sans indic. d'auteur, p. 89.

A ces critiques, les partisans de l'article 75 répondaient : « L'exercice libre du droit de poursuite, sous l'inspiration des passions qui animent les hommes jetteraient bientôt le trouble et le désordre dans l'organisation sociale. » (1). « Cette mesure n'a ni pour objet, ni pour résultat d'assurer aux agents du gouvernement l'impunité pour les excès de pouvoir qu'ils se permettraient et pour les crimes et les délits qu'ils auraient commis dans l'exercice de leurs fonctions. Son but est de les protéger contre les accusations qui n'auraient d'autre fondement que l'erreur, la haine ou la malveillance. » (2).

Ils répondaient encore, invoquant le principe de la séparation des pouvoirs : « L'administration se trouverait abandonnée à la domination et à la tyrannie des corps judiciaires, au mépris du principe de la séparation des pouvoirs, si hautement proclamé dans les institutions fondamentales du pays : « Tout le monde comprendra que l'autorité administrative pourrait être opprimée par l'autorité judiciaire, que les attributions de la première seraient exposées à être envahies par la seconde; que des pouvoirs que la constitution a voulu séparés seraient bientôt confondus, si les administrateurs pouvaient, malgré le gouvernement, être traduits en justice. » (Mangin, *De l'action publique*, t. II, n° 241.) (3).

Parfois ils reconnaissaient plus simplement : « Au sortir du Directoire, la pensée ne pouvait être que de donner des forces et des armes à l'Administration pour

---

(1) Dufour, 2e édit. t. VI, p. 360.

(2) Rapport du Président du Conseil d'Etat à l'Empereur sur les travaux du Conseil, en 1862. Cité Aucoc, Conférences t. I, p. 562.

(3) Dufour, t. 6, p. 360.

dégager son action des entraves à redouter du dehors. La garantie n'a pas été inventée pour autre chose. C'est un bouclier, selon l'heureuse expression de M. Cormenin (éd. de 1822, t. II, p. 328) qui lui a été remis pour couvrir ses actes et les défendre contre l'examen des tribunaux. Et le Conseil d'Etat n'envisage pas autrement l'attribution qui lui a été confiée, lorsqu'il déclare que l'article 75 a pour but de défendre les agents du Gouvernement contre les accusations qui n'ont d'autre base que l'erreur ou la passion. » (1) Et M. Baroche : « Si l'article 75 n'existait pas, il faudrait l'inventer. » (2).

Enfin, l'on invoquait le souvenir de la Révolution française : « On oublie que c'est l'Assemblée Constituante elle-même qui a posé cette règle comme conséquence du principe de la séparation des pouvoirs, dans les lois des 22 octobre 1789-janvier 1790, des 16-24 août 1790, des 7-14 octobre 1790. Ainsi, c'est à l'Assemblée qui a inauguré la liberté en France, qui avait organisé une monarchie entourée d'institutions républicaines, que l'on doit le principe; la Constitution de l'An VIII s'est bornée à le conserver et elle en a amélioré l'application. » (3). Ainsi, protection contre la malveillance supposée des citoyens, nécessité déduite de la séparation des pouvoirs, survivance de la plus libérale des constitutions françaises, tels étaient les moyens fournis pour la justification de l'article 75, par ses défenseurs.

En droit, aucun ne résistait à l'examen.

Pas plus que le dol, la malveillance ne se présume. S'il est des plaideurs téméraires contre les agents publics

---

(1) DUFOUR, t. 6, p. 367.

(2) Discours au Corps législatif, séance du 3 juillet 1867.

(3) AUCOC. *Conférences sur le droit administratif.* 1869, t. I, p. 562.

(et il y en aura moins là que partout, car on ne s'attaque pas volontiers aux détenteurs de l'autorité), le droit commun suffit à les réprimer.

Pas davantage, le principe de la séparation des pouvoirs, tel qu'il avait été compris d'abord, ne pouvait justifier une disposition semblable, car s'il porte l'interdiction au juge d'administrer, il interdit à l'administrateur de juger, et l'article 75 est précisément, au contraire, un texte de dessaisissement qui subordonne le jugement du juge à la décision de l'administrateur. Il faut le prendre dans le sens que lui avait donné le Directoire : de l'indépendance absolue de l'administration vis-à-vis de la justice, pour en déduire la garantie administrative, mais alors on ne peut ni ne doit invoquer l'Assemblée Constituante, ni son œuvre, d'un caractère si différent, où l'administrateur était élu.

En fait, l'article 75 était aux mains du pouvoir une arme d'autorité, d'autorité absolue : « Nous ne dissimulerons pas qu'un pareil système laisse, en réalité, les citoyens à la merci de l'administration », écrivait Dufour (1). On le vit bien le jour où le Préfet de Police ayant fait saisir irrégulièrement, avant sa publication, l'*Histoire des Princes de Condé*, du Duc d'Aumale, et celui-ci l'ayant assigné en restitution devant le Tribunal de la Seine, successivement le Tribunal (20 mai 1863), puis la Cour (16 juillet 1864), puis la Cour de Cassation (15 novembre 1865), opposèrent à cette demande le préalable d'une autorisation que refusa le Conseil d'Etat (31 mars 1866), lorsque le Ministre, saisi directement, eut refusé à son tour et lorsque le Conseil d'Etat, statuant sur le refus du ministre, déclara qu'une telle question échappait à sa compétence (validité de saisie d'un livre), d'autre part, que

(1) Dufour, t. VI, p. 368.

la mesure incriminée n'était pas de nature à lui être déférée par voie contentieuse, comme constituant un acte politique dont il ne pouvait connaître (1) (2) (9 Mai 1867).

Cela souleva une certaine émotion parmi les jurisconsultes. Et Casimir Périer écrivit : « L'article 75 de la Constitution de l'An VIII est devenu, sous le régime actuel, le plus puissant instrument d'arbitraire et d'oppression qu'aient jamais pu rêver les plus ardents fauteurs du pouvoir absolu... « les biens, la liberté, la vie même des citoyens sont, sans recours, sans réparation possible, à la merci de tout agent administratif. » (3).

A vrai dire, ce n'était là qu'un abus entre mille autres. Mais, ce jour-là, l'autorité s'était gravement trompée en frappant un prince.

Il se peut donc que l'on ait invoqué, pour la défense de l'article 75, les principes du droit révolutionnaire.

En réalité, il ressuscitait la pratique des évocations de l'ancien régime en l'aggravant, car de ce qui était un incident de procédure, il avait fait une règle préjudicielle, applicable à tous les cas. Le Conseil d'Etat succédait au Conseil du Roi. Le nom de l'Assemblée Constituante couvrait les abus qu'elle avait cherché à détruire (4).

---

(1) D. 1866.1.49. — D. 1867.3.49. — Casimir Périer. « L'art. 75 de la Constitution de l'an VIII sous le régime de la Constitution de 1852 ».

(2) Au point de vue juridique, on remarquera qu'il s'agissait non d'une action personnelle, mais d'une action réelle.

(3) Casimir Périer, *loc. cit.*, p. 32 et 33.

(4) Tocqueville. *Ancien régime*, p. 108. — Laferrière. *Rivalités*, p. 45.

IV

Décret du 19 septembre 1870

Texte — Interprétation

Arrêt Pelletier

Critique de l'Arrêt Pelletier

IV

LE DECRET DU 19 SEPTEMBRE 1870

I

I. — *Le décret du 19 Septembre 1870.*

Le texte est net, général, et son interprétation paraît simple. Il donne pleine compétence au tribunaux judiciaires.

Telle est la première interprétation jurisprudentielle.

II

I. — *La première interprétation du Décret.*

II. — Par la commission provisoire.

III. — Elle est approuvée par la doctrine.

IV. — Par la Cour de Cassation.

V. — L'arrêt du 25 Janvier 1873.

III

I. — *L'interprétation du tribunal des conflits.*
Arrêt Pelletier. 26 Juillet 1873.

II. — Les faits.

III. — Conclusions du commissaire du gouvernement.

IV. — L'arrêt.

IV

I. — *Examen et discussion.*
L'arrêt se couvre de la théoire des actes de gouvernement.

II. — La doctrine formulée : garantie réelle et garantie personnelle.

III. — Cette distinction n'est pas dans les lois révolutionnaires.

IV. — Elle n'a été faite que pour interdire le conflit en cas de défaut d'autorisation.

V. — En 1862, le Conseil d'Etat avait annulé le conflit dans une espèce où l'article 75 ne s'appliquait pas.

VI. — La garantie réelle, seule conséquence de la séparation des pouvoirs.

VII. — *La loi du 24 Mai 1872 est sans portée pour l'interprétation du décret.*

VIII. — *Les conséquences de l'arrêt le condamnent.*
1) Pas de critérium de la faute personnelle et de la faute de service.
2) La faute personnelle était la seule protégée par l'article 75 en 1870. Le décret était donc sans objet.
Le régime actuel est une aggravation du système antérieur; quant aux faits et quant aux personnes protégées.

IX. — *L'examen du décret de 1870 condamne la solution du tribunal des conflits.*
Esprit du décret.
Texte du décret.

V

Opinions sur l'arrêt Pelletier.

Les contemporains sont divisés.

Les auteurs modernes approuvent généralement.

Des opinions récentes l'expliquent par des raisons de fait ou de droit étrangères à ses motifs formulés.

Il aurait jugé la constitutionnalité.

VI

Appréciation du rôle du tribunal des conflits.

Il s'est attribué le rôle, qui n'est pas le sien, de juge du fond.

Il a imposé une solution d'autorité.

Il a jugé, en fait, et sans droit, la constitutionnalité.

IV

LE DECRET DU 19 SEPTEMBRE 1870

Le 19 septembre 1870, le Gouvernement de la Défense Nationale rendait le décret suivant (1) :

« ARTICLE PREMIER. — L'article 75 de la Constitution de l'An VIII est abrogé. Sont également abrogées toutes les dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre.

« ART. 2. — Il sera ultérieurement statué sur les peines civiles qu'il peut y avoir lieu d'édicter, dans l'intérêt public, contre ceux qui auraient dirigé des poursuites téméraires contre les fonctionnaires. »

Il fallait, observerons-nous avec Laferrière, que la réaction contre l'institution de la garantie administrative fût bien vive pour qu'un gouvernement prit une telle mesure au moment où il assumait lui-même la réalité du pouvoir dans les circonstances les plus difficiles (2).

Ce décret, il y a lieu de le noter tout de suite, est la dernière en date des dispositions législatives concernant la responsabilité des fonctionnaires. C'est sur lui que s'est édifiée la jurisprudence moderne en la matière. Il est donc particulièrement intéressant, et d'autant plus

---

(1) D. 1870.4.91.

(2) LAFERRIÈRE, t. I, p. 640.

qu'il a soulevé de graves controverses, pratiquement tranchées aujourd'hui, mais toujours ouvertes en droit, à la fois sur la portée de ses dispositions et sur celle du principe de la séparation des pouvoirs invoqué à son occasion.

Il semblerait, à la simple lecture de ce décret, en présence de ses dispositions formelles, de son esprit, qui n'est pas douteux (le 18 septembre 1870, un décret-loi avait nommé une commission chargée d'étudier la suppression de la juridiction administrative), qu'aucune question d'interprétation ne pût se poser. Le décret voulait rendre libre la poursuite des fonctionnaires devant les tribunaux de droit commun, tant de la part des parties privées que du Ministère public, et pour ce faire, craignant sans doute les subtilités de la jurisprudence, il abrogeait non seulement l'article 75, mais encore toute loi générale ou spéciale pouvant constituer un empêchement à ces poursuites.

Rien de plus clair ni de plus net : désormais aucun obstacle, quel qu'il fût, ne devait arrêter les actions dirigées contre les agents publics. De fait, les premières décisions rendues après sa promulgation ne l'interprétèrent pas autrement. « Le décret du 19 septembre 1870, en ressort-il, a eu pour effet de donner compétence aux tribunaux judiciaires pour interpréter et apprécier les actes administratifs discutés au cours d'une poursuite contre un fonctionnaire. Juges du délit ou du quasi-délit relevé par la citation, ces tribunaux ont seuls qualité pour décider si les actes incriminés ont le caractère de délit ou de faute, ou bien s'ils constituent l'exercice d'attributions légales » (1). Cette jurisprudence s'exprime dans un certain nombre de décisions tant de la commission provisoire faisant fonction de Conseil

(1) LAFERRIÈRE, t. I, p. 641.

d'Etat (1) que de la Cour de Cassation, sans une décision contraire, jusqu'à l'arrêt du 26 juillet 1873 qui, fondant sur la séparation des pouvoirs la possibilité du conflit, devait permettre à l'administration de reprendre indirectement le privilège qui lui avait été enlevé. C'était l'application pure et simple du décret.

II

LA PREMIÈRE INTERPRÉTATION DU DÉCRET

I. — PAR LA COMMISSION PROVISOIRE

La première de ces décisions est un décret sur conflit du 7 mai 1871 (de Cumont et Stofflet) délibéré par la commission provisoire. Il s'agissait d'une poursuite intentée par les directeurs d'un journal contre un préfet, à raison d'un arrêté de suspension publié par affichage, dont ils prétendaient les motifs diffamatoires (2)

---

(1) Le Conseil d'Etat impérial avait été suspendu par décret du 15 septembre 1870, et une commission provisoire nommée pour en tenir lieu jusqu'à sa réorganisation, le 19 septembre 1870. (DALLOZ. 1870. 4. pp. 89 et 92).

(2) Le préfet du Maine-et-Loire, M. Engelhard, avait suspendu, le 30 décembre 1870, en exécution de dépêches ministérielles, deux journaux, *L'Union de l'Ouest* et *L'Ami du Peuple*, dont MM. de Cumont et Stofflet étaient directeur et gérant. Ceux-ci reprochaient à l'arrêté de suspension l'imputation qu'il contenait contre les rédacteurs d'ex-

Devant la Cour d'Angers, saisie par eux, le Préfet avait proposé un déclinatoire de compétence. Par arrêt du 3 Février 1871, la Cour l'avait repoussé, se fondant sur ce que, sous l'empire de l'article 75, les demandeurs, une fois l'autorisation accordée, n'auraient rencontré aucune entrave dans leurs poursuites; et que « par suite de son abrogation », ils se trouvaient « dans la même situation que celle dans laquelle ils auraient été autrefois après l'obtention de l'autorisation ». L'arrêt ajoutait : « S'il en était autrement, le décret du 19 septembre serait une fiction illusoire, puisque les entraves que ce décret a voulu supprimer n'auraient fait que changer de forme ».

Sur cet arrêt, le Préfet avait élevé le conflit, le 9 février 1871. L'arrêté de conflit était ainsi motivé : « La Cour a méconnu tout à la fois : l'esprit et la portée du décret du 19 septembre 1870, et les prohibitions de la loi du 24 août 1790 (art. 13, titre 2), et les défenses faites aux tribunaux de connaître des actes administratifs, de quelque espèce qu'ils soient. Le décret du 19 septembre 1870, en supprimant l'autorisation préalable exigée par l'art. 75, s'est borné à restituer à l'initiative individuelle la liberté d'agir directement, mais il n'a nullement modifié ou détruit les grands principes de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire; — D'un autre côté, le délit de diffamation ne pourrait exister que si l'arrêté du Préfet contenait un abus ou un excès de pouvoir, et cette question préjudicielle ressortit à la juridiction administrative, il ne pourrait être contesté par la Cour que l'arrêté pris par

citer à la guerre civile, d'agir de connivence avec l'ennemi, et de trahir la patrie en danger. Le texte de l'arrêté, les dépêches ministérielles, et les circonstances de l'affaire sont rapportés au Dalloz, 1873.1.287.

nous est un acte politique, accompli dans l'exercice de l'autorité politique qui nous a été déléguée, et il ne lui appartiendrait pas de blâmer ou censurer cet acte, ni d'en punir l'auteur. »

Si l'on néglige l'argument, peut-être audacieux, tiré de l'esprit du décret de 1870, et celui tiré du caractère politique des actes, dont la conséquence aurait été l'incompétence de tout juge, administratif ou judiciaire, pour en connaître, la thèse était simple : la séparation des pouvoirs ne protège pas seulement les actes administratifs, elle protège encore les actes des fonctionnaires et, s'il s'y mêle une illégalité ou une faute, seuls les tribunaux administratifs peuvent le dire ; aucune atteinte n'a été portée à cette règle par le décret. C'est la théorie qui triomphera en 1873.

La Cour d'Angers cependant, le 3 février 1871, avait passé outre. Elle se fondait sur ce que l'affaire était de nature correctionnelle et ne rentrait pas dans les cas prévus à l'article 2 de l'ordonnance du 1er juin 1828, les seuls où, en cette matière, le conflit soit autorisé.

Le 7 mai 1871, la Commission provisoire annulait à la fois l'arrêt de la Cour, manifestement mal rendu (1), et, malgré les conclusions contraires du Commissaire du Gouvernement Laferrière, l'arrêté de conflit. Le texte de la décision distinguait nettement entre l'acte administratif, protégé par la séparation des pouvoirs, et l'acte du fonctionnaire, soumis aux règles du droit

(1) A l'égard de celui-ci, il était ainsi statué : « Considérant qu'il n'appartient qu'au gouvernement, en Conseil d'Etat, de statuer sur la validité d'un arrêté de conflit, et que la Cour d'Appel en refusant... de surseoir,,, par le motif que l'arrêté était mal fondé, a excédé ses pouvoirs et méconnu la disposition de l'art. 27 de la loi du 21 Fructidor An III... ».

commun. Il s'exprimait ainsi : « Considérant que l'action exercée dans l'espèce tendait non à faire annuler l'acte administratif de suspension pris contre les demandeurs, mais à obtenir la réparation du préjudice résultant de faits délictueux qui auraient accompagné cet acte; qu'une telle action, quoique intentée contre un fonctionnaire public à l'occasion ou dans l'exercice de sa fonction est, aux termes des lois de 1790, des articles 1, 3, 379 du Code d'Instruction Criminelle; 13 et 18 de la loi du 17 mai 1819 susvisée, de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire, en l'absence d'une disposition qui en défère la répression aux tribunaux administratifs; — Que si, sous l'empire de l'art. 75 de la Constitution du 22 Frimaire An VIII, la poursuite était, en pareil cas, subordonnée à l'autorisation préalable du Gouvernement, statuant après avoir entendu le Conseil d'Etat, cette disposition a été abrogée par le décret du 19 septembre 1870. »

Le même jour, la Commission annulait, dans des termes presque identiques, un arrêté de conflit pris dans une instance engagée contre des conseillers municipaux signataires d'une délibération injurieuse à l'égard d'un particulier et publiée par voie d'affiches et d'insertions (1).

(1) Aff. Taxil; D. 1872.3.17. Le commissaire du Gouvernement, M. Laferrière, avait conclu à l'annulation de l'arrêté de conflit.

II. — APPROBATION DE LA DOCTRINE

Ces décisions furent accueillies favorablement par la doctrine. Sans méconnaître la gravité des principes mis en jeu, elle y vit la conséquence nécessaire du décret de 1870. L'arrêtiste du Dalloz écrivit (1) : « Avant le décret du 19 septembre 1870, la législation destinée à assurer la séparation des pouvoirs formait un tout complet. Lorsque les tribunaux refusaient à un acte administratif l'autorité qui lui appartenait ou s'immisçaient dans les fonctions de l'administration, celle-ci, par le conflit d'attribution, revendiquait, soit le fond du litige, soit tout au moins les questions préjudicielles qui étaient de son ressort. Lorsque l'action portée devant le tribunal s'adressait, non à un acte administratif, mais à la personne même de l'administrateur, le conflit ne pouvait pas être élevé, l'action fondée sur une faute personnelle étant, par son essence, de la compétence judiciaire; mais comme il serait souvent très facile de déguiser une attaque contre un acte d'administration sous l'apparence d'une poursuite contre le fonctionnaire, le Gouvernement s'était réservé le droit d'examiner s'il y avait lieu ou non d'autoriser ces poursuites. Toutes les fois qu'un fonctionnaire était protégé par l'article 75, c'était la preuve qu'en principe l'autorité judiciaire était seule compétente ». Faisant application de ces principes à l'espèce, il ajoutait : « Il est bien évident que, sous l'empire de l'art. 75, le préfet

(1) Aff. Taxil. D. 1872.3.17. Le commissaire du Gouvernement, M. Lafferrière, avait conclu à l'annulation de l'arrêté de conflit.

de Maine-et-Loire n'aurait pas songé à élever le conflit et aurait invoqué le bénéfice de cette disposition constitutionnelle. Or, le décret du 19 septembre 1870 n'a pu créer des cas de conflit là où il n'en existait pas antérieurement. On objecte que le principe de la séparation des pouvoirs ne sera plus complètement sauvegardé; cela est certain, et l'affaire de Cumont le démontre d'une manière frappante. La suspension d'un journal ne peut être motivée que par une faute grave imputée à la rédaction; dès lors, tout arrêté de suspension peut donner ouverture à une action en diffamation; le tribunal, s'il juge que la suspension a été prononcée à tort, pourra toujours punir le fonctionnaire de qui elle émane; c'est donc devant l'autorité judiciaire, et non plus devant ses supérieurs hiérarchiques, qu'il sera responsable ». Il concluait ainsi : « Cette conséquence avait paru si grave qu'elle avait déterminé le commissaire du Gouvernement, dans l'affaire actuelle, à conclure à la validation du conflit. La commission faisant fonction de Conseil d'Etat nous paraît avoir fait une meilleure interprétation du décret du 19 septembre 1870; les auteurs de ce décret ont parfaitement vu qu'ils ôtaient au Gouvernement un des moyens dont il disposait pour maintenir la séparation des pouvoirs; mais, en présence des abus auxquels avait donné lieu l'application de l'article 75 et qui avaient ému l'opinion publique, ils ont cru devoir passer outre et remettre, sans réserve, aux tribunaux la mission de veiller à ce que les poursuites contre les fonctionnaires ne servissent pas à déguiser des attaques contre les actes mêmes de l'administration. L'expérience seule pourra démontrer si cet abandon des droits du Gouvernement n'a pas été trop absolu ou si, au contraire, l'autorité judiciaire qui, dans le passé, a toujours su respecter l'article 75 dont l'application et l'interprétation lui appartenaient exclusivement, montrera la fermeté nécessaire pour repousser

les tentatives qui seront faites pour l'engager à empiéter sur le terrain de l'administration. Ajoutons toutefois que, malgré la violence des passions qui ont été en effervescence depuis le décret du 19 septembre 1870, l'abrogation de l'article 75 ne paraît pas avoir amené d'embarras sérieux dans la marche de l'administration ». « Mais, écrivait-il en terminant, l'expérience doit se continuer dans les conditions où elle a été entreprise. Permettre à l'administration de revendiquer, *sous prétexte de questions préjudicielles*, la connaissance des actions intentées contre les fonctionnaires, ce serait reprendre, par une voie détournée, ce que le gouvernement a abandonné par le décret du 19 septembre 1870; ce serait même, par une conséquence singulière, lui attribuer la décision, au fond, de contestations dont le jugement appartenait à l'autorité judiciaire, sous la seule réserve que la continuation des poursuites fut autorisée par le gouvernement. »

Nous avons cru devoir reproduire presque en entier ce commentaire. Il formule de façon complète, et simplement, les raisons qui justifient cette jurisprudence, la seule conforme certainement à l'intention des auteurs du décret et, croyons-nous, la seule exacte. Dans ses données générales, il répond par avance à la solution, qui a prévalu, du tribunal des conflits.

Aussi bien, après la Commission provisoire, la Cour de Cassation allait-elle se prononcer, à son tour, et dans le même sens.

III. — MÊME INPERPRÉTATION PAR LA COUR DE CASSATION

Le 3 juin 1872 (1), la Chambre des Requêtes, appelée à statuer sur la portée du décret de 1870, en donnait, d'accord avec les conclusions du rapporteur et de l'avocat général, la même interprétation. Saisie du pourvoi formé par un général qui, dans l'exercice des pouvoirs de l'état de siège, avait fait arrêter et détenir illégalement pendant 15 jours un particulier et que la Cour de Dijon avait condamné envers ce dernier à 1.000 francs de dommages-intérêts (2), elle refusa d'admettre que l'appréciation d'une responsabilité personnelle fut subordonnée à un examen préjudiciel des actes et de la qualité des personnes en cause par l'autorité administrative. Elle décida que l'effet du décret du 19 septembre 1870 avait été de laisser cette appréciation aux tribunaux judiciaires. L'arrêt s'exprime ainsi : « Attendu que le décret rendu par le Gouvernement de la Défense Nationale le 19 septembre 1870,

(1) Méyère c/ Rollin. Req. 3 juin 1872. D. 1872.1.392.

(2) Le général Meyere, commandant la subdivision de Langres, alors en état de siège, avait fait arrêter un particulier nommé Rollin, qui avait eu une altercation assez vive avec un officier. Rollin avait saisi le tribunal de Langres, qui avait ordonné sa mise en liberté immédiate, et condamné par défaut le général Meyere à 2.000 francs de dommages-intérêts. Sur opposition, le Tribunal avait confirmé son jugement et augmenté les dommages-intérêts. La Cour de Dijon, devant qui l'affaire avait été portée en appel, avait, par arrêt du 9 août 1871, confirmé le jugement dans son principe, et réduit les dommages-intérêts à 1.000 francs.

lequel abroge l'article 75 de la Constitution de l'An VIII, ainsi que toutes les autres dispositions, a nécessairement pour effet d'appeler les tribunaux à apprécier et qualifier les actes imputés aux agents du gouvernement et qui donnent lieu à une action en réparation civile; — Attendu que si les tribunaux saisis devaient surseoir à statuer sur le fond jusqu'à ce que l'acte imputé eût été soumis à l'examen de l'autorité administrative, ce serait faire revivre, sous une autre forme, en faveur des agents poursuivis la garantie stipulée par l'article 75 de la Constitution de l'An VIII, que le décret du 19 septembre 1870 a eu pour but de faire entièrement disparaître. Attendu, d'autre part, qu'il appartenait à la Cour d'Appel de déterminer la qualité des parties en cause devant elle et de déclarer si le demandeur originaire était militaire ou devait être assimilé à un militaire. Attendu, dès lors, que l'arrêt attaqué n'a violé aucun des textes de loi invoqués par le pourvoi. »

Il faut observer qu'en jugeant ainsi, en refusant d'admettre un examen préjudiciel des faits par l'autorité administrative, la Cour n'ignorait aucunement l'atteinte que cette solution portait au principe de la séparation des pouvoirs. Le rapporteur et l'avocat général l'avaient soulignée en concluant au rejet du pourvoi (1). Mais tous deux avaient reconnu que cette atteinte était la conséquence nécessaire et voulue du décret. En déclarant, après eux, la plénitude de compé-

---

(1) Le conseiller rapporteur Dagallier disait : « Je ne me dissimule pas que c'est là une atteinte portée au principe de la séparation des pouvoirs ; mais qu'y faire ? La loi l'a voulu ainsi, et elle ne peut être exécutée qu'à ce prix. » De même, l'avocat général Reverchon : « Cette atteinte résulte forcément, inévitablement, du décret de 1870 ». Dalloz. 1872.1.390.

tence de l'autorité judiciaire, la Cour, malgré le silence de son arrêt sur ce point, reconnaissait l'atteinte portée par le décret au principe de la séparation des pouvoirs.

V. — ARRÊT DU 25 JANVIER 1873

L'interprétation de la Chambre des Requêtes allait être suivie par la Chambre Criminelle le 25 janvier 1873, dans des circonstances qui donnaient à sa décision une importance particulière. Les vicissitudes du procès de Cumont-Stofflet contre Engelhard l'amenaient, en effet, à se prononcer sur des faits dont avait déjà connu la commission provisoire.

A la suite de la décision du 7 mai 1871, les demandeurs avaient à nouveau saisi les tribunaux judiciaires. Là, diverses complications de procédure s'étaient produites (1), au terme desquelles l'affaire avait été portée

(1) Le conflit ayant été annulé, les demandeurs avaient saisi à nouveau la Cour d'Angers. Celle-ci, par arrêt du 17 novembre 1871 — D. 1873.1.288 — avait condamné Engelhard à cent francs d'amende et à l'affichage de la décision. La Cour déclarait n'avoir pas à connaître du dispositif de l'arrêté, mais seulement de ses motifs, et relever dans ceux-ci le délit de diffamation. Au préfet qui invoquait l'ordre de ses supérieurs, elle répondait que l'espèce ne rentrait pas dans les prévisions des art. 114 et 190 du Code Pénal. Engelhard s'était pourvu contre cet arrêt, en invoquant les art. 479 et 483 C. Inst. Crim. et 10 de la loi du 21 avril 1810, aux termes desquels, à raison de sa qualité de préfet, il appartenait au Procureur Général seul de le citer devant la Chambre Correctionnelle de la Cour. Le 19 février 1872 — D. 1873.1.288 — la Chambre Criminelle cassait l'arrêt d'Angers, sur conclusions conformes de l'avocat général Bédar-

devant la Cour d'Orléans. Celle-ci, le 28 juin 1872 (1), avait condamné Engelhard à 500 francs d'amende, à l'affichage de la décision et à 3.000 francs de dommages-intérêts. Engelhard s'était pourvu contre cet arrêt. Invoquant l'excès de pouvoir de la Cour d'Orléans, il demandait à la Chambre Criminelle de donner du décret de 1870 l'interprétation que lui avait refusée la commission provisoire. Dans un mémoire très étudié (2), il reprochait à l'arrêt d'avoir violé le principe de la séparation des pouvoirs. Ce principe, affirmait-il, interdisait à l'autorité judiciaire de connaître des difficultés soulevées par l'exécution des actes administratifs, remettait en cas de conflit le règlement des compétences à l'autorité administrative, empêchait la poursuite des fonctionnaires devant les tribunaux pour faits relatifs à leurs fonctions sans l'autorisation préalable du Conseil d'Etat. Si cette dernière règle avait été abrogée par le décret du 19 septembre 1870, les autres règles subsistaient et devaient être appliquées d'autant plus rigoureusement. Appliquant les principes à l'espèce, il reprochait à la Cour d'Orléans d'avoir apprécié des

---

rides. Fait à noter, l'arrêt affirmait que les articles 479 et 483 C. I. C. et l'art. 10 de la loi du 20 avril 1810, n'avaient pas été abrogés par le décret du 19 septembre 1870, ces articles « n'ayant point eu pour objet d'entraver les poursuites contre les fonctionnaires dont ils parlent, mais au contraire de protéger la paix publique en même temps que les intérêts légitimes de la poursuite et de la défense... » Le Procureur général à la Cour d'Angers avait, à la suite de cet arrêt, cité Engelhard devant la première chambre de cette Cour. Engelhard avait alors formé devant la Cour de Cassation une demande en renvoi pour cause de suspicion légitime. Celle-ci avait été accueillie par arrêt du 28 juin 1872 et l'affaire renvoyée devant la Cour d'Orléans.

(1) DALLOZ. 1873.1.201.

(2) D. 1873.1.202.

motifs étroitement liés à un dispositif dont elle ne pouvait connaître, et commis de ce fait un excès de pouvoir; il lui faisait grief enfin d'avoir analysé les dépêches ministérielles dont il se couvrait. « Lorsque l'autorité judiciaire, disait-il, pour motiver une condamnation, en est réduite à pénétrer ainsi dans les agissements de l'administration, à analyser des dépêches, à interpréter des ordres, à distraire une phrase d'un arrêté préfectoral... on est autorisé à dire qu'elle a usurpé sur les attributions de l'autorité administrative et qu'elle a commis un excès de pouvoir. Si de pareilles interprétations étaient possibles, le Gouvernement du pays n'appartiendrait plus au pouvoir exécutif mais aux tribunaux ». Il contestait qu'une telle interprétation de la séparation des pouvoirs eût pour conséquence d'empêcher toujours le pouvoir judiciaire d'atteindre et réprimer les délits commis par les fonctionnaires. Non seulement, il n'en résultait aucune entrave pour les délits commis hors fonctions, mais ceux-là même qui seraient commis dans l'exercice de leurs fonctions, elle les laissait sous la « souveraine appréciation » des tribunaux judiciaire « toutes les fois que l'acte administratif serait illégal et arbitraire, et encore dans le cas où il serait établi que le fonctionnaire a causé préjudice à autrui par malveillance, sans nécessité, par rancune personnelle. » (1).

La question était donc posée dans toute son étendue, et dans des conditions de fait, à notre avis, favorables à la thèse administrative. Celle-ci devait être cependant repoussée. Le 25 janvier 1873 (2), statuant sur les conclusions conformes du rapporteur et de l'avocat

---

(1) DALLOZ. 1873.1.292.

(2) *Ibid.* p. 293.

général (1), la Chambre Criminelle, sous la présidence de Faustin-Hélie, rejetait le pourvoi. Elle répondait que l'interdiction faite aux tribunaux de connaître des actes d'administration n'avait jamais fait obstacle à leur droit de connaître des délits s'y rattachant, que la seule entrave à la poursuite résultait de l'article 75 de la Constitution de l'An VIII et que l'effet du décret du 19 septembre 1870 était précisément de rendre aux citoyens le droit de saisir librement les tribunaux judiciaires : « Attendu, porte l'arrêt, que sur les plaintes des sieurs Cumont et Stofflet une poursuite pour délit de diffamation a été dirigée contre le sieur Engelhard, et que l'arrêt attaqué de la Chambre civile de la Cour d'Orléans, régulièrement saisie de cette poursuite, a déclaré celui-ci coupable de ce délit, pour avoir fait publier, avec les considérants qui le précèdent, le dit arrêté; — Attendu toutefois que l'arrêt attaqué n'a ni interprété, ni apprécié cet acte administratif, qui a reçu son entière exécution; — qu'il a seulement, étant saisi de la poursuite d'un délit, cherché les éléments de ce délit dans les motifs énoncés à l'appui de l'arrêté et dans la publicité qui lui a été donnée, et qu'il a trouvé

(1) *Ibid.* Avocat-général Bédarrides, et conseiller rapporteur Barbier. Celui-ci fit valoir qu'en examinant les motifs de l'arrêté incriminé, la Cour avait respecté le dispositif, qui avait reçu exécution; que la seule question résolue par elle était celle de la diffamation contenue dans ces motifs ; qu'il résultait des termes de l'article 10 de la loi du 20 avril 1810, qu'un préfet pouvait être poursuivi pour des faits relatifs à ses fonctions; que l'article 75 réservait lui-même la compétence des tribunaux ordinaires, et que le décret du 19 septembre 1870, en supprimant tout obstacle à la poursuite, avait affirmé cette compétence à nouveau, de façon certaine. Si la Cour avait interprété des ordres ministériels, elle n'avait fait que suivre le défendeur pour apprécier des faits dont elle avait le droit de connaître.

dans ces deux éléments une atteinte portée à l'honneur et à la considération des plaignants; — Attendu, en droit, que si la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire est un principe essentiel de notre droit public, et si, aux termes des lois des 16, 24 août 1790 et 16 Fructidor An III, il est fait défense aux tribunaux de connaître des actes d'administration, il ne s'ensuit pas qu'ils ne puissent, lorsqu'ils sont saisis de la poursuite d'un délit, apprécier les faits qui se rattachent à ces actes, les motifs qui leur ont servi de base et la responsabilité qui peut en résulter; — Attendu que ce droit ne peut être dénié aux tribunaux sans rendre illusoire le recours des citoyens à la justice; — que ce droit leur appartenait même sous l'empire de l'article 75 de la Constitution du 22 Frimaire An VIII, et qu'il n'en saurait être autrement depuis que l'abrogation de cet article, prononcée par le décret du 19 septembre 1870, a eu pour effet de restituer aux citoyens le droit de saisir directement les tribunaux de demandes en réparations du préjudice que les procédés arbitraires ou excessifs des fonctionnaires, dans l'exercice de leurs fonctions, ont pu leur faire éprouver; — Attendu, dès lors, que l'arrêt attaqué n'a commis aucune violation des lois des 16-24 août 1790 et 16 Fructidor An III, ni, par voie de conséquence, des autres textes invoqués... » « rejette ».

Le 20 juin 1873, la Cour de Cassation allait affirmer à nouveau son interprétation du décret du 19 septembre 1870 (arrêt Petit, Ch. Cr. D. 1873.1.390). Il s'agissait d'un conseiller municipal coupable d'un délit d'administration. Condamné, il invoquait la nullité des poursuites dirigées contre lui, comme faites sans autorisation et au mépris des lois des 14 décembre 1789 (art. 61), 16-24 août 1790 (tit. 2, art. 13) et du décret du 16 Fructidor An III. La Cour répondit en ces termes : « ...Attendu que l'article 61 de la loi du 14 décembre

1789 a été formellement abrogé par le décret du 19 septembre 1870... Attendu, dès lors, que le ministère public, en se fondant sur cette abrogation, a pu légalement intenter la poursuite dirigée contre le demandeur; — Attendu que l'arrêt n'a commis, non plus, aucune violation du principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire — Que ce principe, en effet, ne met aucun obstacle à ce que les tribunaux saisis d'une poursuite contre un fonctionnaire public pour un délit relatif à ses fonctions, apprécient les faits qui se rattachent à ce délit, les motifs qui leur ont servi de base, et la responsabilité qui peut en résulter; — Que ce droit, qui leur appartenait sous l'empire des lois des 14 décembre 1789 et 22 Frimaire An VIII, doit leur être, à plus forte raison, reconnu aujourd'hui que ces règles sont abrogées. »

L'ensemble de ces décisions permettait de considérer la jurisprudence comme parfaitement établie (1).

---

(1) La note au Dalloz sous le dernier arrêt — arrêt Petit. D. 1873.1.390 — traite de la question comme d'une chose réglée. Nous devons toutefois signaler que l'arrêt de la Chambre Criminelle du 25 janvier 1873, dans l'affaire Engelhard, avait été très vivement critiqué au Dalloz par M. Cazalens. D. 1873.1.289. Il reprochait à la Cour d'avoir commis une véritable usurpation de pouvoirs : les motifs d'un arrêté ne pouvaient, disait-il, se séparer du dispositif ; l'interprétation des dépêches ministérielles constituait un abus évident; l'affichage enfin était par lui-même un acte administratif caractérisé, dont la Cour ne pouvait connaître. Et il concluait : « Qu'il nous soit permis d'exprimer le regret que nous éprouvons à voir la jurisprudence s'engager dans cette voie. Si elle y persiste, comme c'est à craindre, le décret du 19 septembre 1870 est inévitablement destiné à disparaître... et alors cette disposition, si longtemps réclamée, et avec tant d'ardeur, ira grossir le nombre... des bonnes lois à qui il n'a manqué pour vivre que d'être bien appliquées. »

III

L'INTERPRETATION DU TRIBUNAL DES CONFLITS

I. — ARRÊT PELLETIER (*26 juillet 1873*)

Cette interprétation allait cependant être ruinée par le tribunal des conflits.

Il venait d'être réorganisé par la loi du 24 mai 1872, et le Gouvernement, qui supportait mal les décisions de la commission provisoire et de la Cour de Cassation, résolut de lui soumettre à nouveau la question (1).

Le 26 juillet 1873, rompant avec la jurisprudence antérieure, le tribunal des conflits affirmait la validité du conflit dans les poursuites engagées contre les fonctionnaires à raison d'actes commis dans leurs fonctions, et sa décision devait prévaloir comme solution définitive. Elle posait des principes qui ont été constamment suivis depuis, et par lui-même, et par les autres juridictions.

---

(1) LAFERRIÈRE, I, p. 643.

Laferrière indique que les poursuites contre les fonctionnaires allaient « se multipliant », pour des actes qui avaient au plus haut degré le caractère d'actes de « la puissance publique ». Le premier point est contredit, au moins jusqu'en 1872, par la note au Dalloz. 1872.3.17 reproduite plus haut, à la suite des décisions de la commission provisoire du 7 mai 1871. Le second exprime pourquoi cette jurisprudence semblait intolérable au Gouvernement.

Les circonstances où cet arrêt a été rendu, les conséquences qu'il a entraînées, les principes de droit qu'il a affirmés, lui donnent une importance exceptionnelle. Il est donc nécessaire de l'examiner de très près.

II. — LES FAITS

L'affaire se présentait ainsi.

Le 18 janvier 1873, le sieur Leudot, commissaire spécial de police à Creil, avait opéré, dans la gare de cette ville, la saisie du premier numéro du journal « Le Devoir », conformément à l'ordre du Général de Ladmirault, commandant la première division militaire, alors en état de siège. A la suite de ce fait, le sieur Pelletier, propriétaire-gérant du journal, avait assigné devant le tribunal civil de Senlis le général de Ladmirault, le sieur Choppin, préfet de l'Oise, et le sieur Leudot, à l'effet de voir déclarer illégale, et par suite nulle, la saisie du 18 janvier; entendre en conséquence ordonner la restitution des exemplaires indûment saisis; en outre, condamner solidairement les défendeurs en 2.000 francs de dommages-intérêts pour le préjudice causé.

Le préfet ayant opposé à cette demande un déclinatoire de compétence, le tribunal se déclara compétent. Le conflit fut alors élevé.

III. — CONCLUSIONS DU COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

A l'audience du tribunal des conflits, la thèse gouvernementale fut défendue par le Commissaire du Gouvernement David, dans des conclusions très développées, qu'il est nécessaire de reproduire dans tous leurs points essentiels, parce qu'elles ont inspiré directement la décision.

Après avoir reconnu que la compétence de l'autorité judiciaire ne « saurait être douteuse », « pour prononcer sur une demande en revendication d'un objet mobilier, cet objet fut-il un journal, et sur une demande en dommages-intérêts contre des fonctionnaires publics, les faits sur lesquels seraient fondés cette demande, fussent-ils relatifs à leur fonction », il conclut à la validation du conflit, le premier chef de la demande tendant à faire déclarer « illégale et nulle la saisie du journal « Le Devoir », et les autres n'étant « que les dérivés » de celui-là. A l'appui de sa thèse, il développa les moyens suivants : Si la doctrine du tribunal de Senlis « que les tribunaux civils, devant lesquels les fonctionnaires sont directement traduits à raison de leurs fonctions, ont pouvoir et qualité pour examiner, apprécier et qualifier lesdits actes, à l'effet de rechercher si, par suite d'une faute ou d'un abus de pouvoir imputables aux dits fonctionnaires ou agents, ces actes sont de nature à donner lieu au profit de qui que ce soit à une action en dommages-intérêts », était exacte; si telle était la portée du décret du 19 Septembre 1870, il ne se serait pas « borné à atteindre le principe de la séparation des pouvoirs dans les abus qu'avait pu

présenter le système de protection institué et organisé en son nom en faveur des fonctionnaires publics », mais « il aurait encore préparé à bref délai l'anéantissement même de ce principe dans sa garantie la plus essentielle, qui est l'interdiction faite au juge de connaître des actes administratifs, et dans sa sanction la plus pratique qui est le droit pour l'administration de revendiquer devant l'autorité judiciaire, la connaissance et le contrôle de ses propres actes par la voie du conflit », puisque cette garantie et cette sanction seraient tenues en échec dans les instances poursuivies devant l'autorité judiciaire contre les fonctionnaires publics. » Or, cette conséquence ne découle « ni expressément, ni virtuellement » du décret de 1870. Il résulte en effet, du rapport présenté à l'Assemblée Nationale par M. Taillefert « que les dispositions spéciales qui ont disparu avec l'article 75 sont au nombre de trois : les arrêtés des 19 Thermidor An X, 10 Floréal An X et 9 Pluviôse An X (arrêtés substituant à la décision du Conseil d'Etat sur les demandes de mise en jugement, les deux premiers, celle du préfet à l'égard des préposés d'octroi et des percepteurs, le troisième, celle du directeur général de l'enregistrement à l'égard des simples employés). « Le texte du décret laisse donc en dehors de ses termes, cette autre garantie constitutionnelle instituée par les mêmes lois en faveur de l'administration considérée dans son ensemble et qui se traduit :

1° Par l'interdiction faite à l'autorité judiciaire de troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs et par conséquent, de connaître de ses actes (lois des 16, 24 Août 1790, tit. 2. art. 13, et du 16 Fructidor An III);

2° Par la création, dans le sein de l'administration, d'une juridiction pour statuer sur les réclamations

auxquelles pouvaient donner lieu ces actes (lois des 11 Septembre 1790, 7-14 Octobre 1790, et des 27 Avril, 25 Mai 1791) ;

3° Enfin, par le droit pour l'autorité administrative, de revendiquer devant l'autorité judiciaire la connaissance et le contrôle de ses propres actes (lois des 7-14 Octobre 1790 et des 27 Avril-25 Mai 1791). »

Le commissaire du gouvernement abordait ensuite ce qui était le point essentiel de la question. « Mais si ces dispositions ne sont pas touchées directement par le décret du 19 Septembre 1870, leur abrogation relativement aux poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics n'en est-elle pas au moins la conséquence naturelle et nécessaire? Oui, nous dit la chambre des requêtes, parce que décider autrement, ce serait faire revivre sous une autre forme, en faveur des agents de l'administration, la garantie stipulée par l'article 75, que le décret de 1870 a voulu supprimer. Et à l'appui de cette disposition, l'avocat général invoquait, à titre de précédent, la disposition finale de la loi de finances entendue par le Conseil d'Etat en ce sens qu'en même temps qu'elle dispensait de l'autorisation préalable, exigée par l'article 75 l'action en répétition qu'elle ouvrait aux citoyens contre les ordonnateurs ou les percepteurs de taxes prétendues illégales, elle supprimait pour l'administration le droit d'élever le conflit pour connaître de la légalité des actes administratifs qui auraient servi de base à la perception des taxes. » A la question ainsi posée il répondait : « Nous croyons pouvoir écarter immédiatement cet argument; non pas que nous contestions la conséquence qu'il tire en dernier lieu de la disposition finale de la loi de finances, mais parce que, suivant nous, cette conséquence résulte, non pas, comme il le suppose, de la seule abrogation de l'article 75 au cas prévu, mais bien de la volonté

formellement exprimée par le législateur (1) de placer la légalité de l'impôt sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire, et de lui donner par conséquent exceptionnellement compétence pour apprécier cette question. »

Selon le commissaire du gouvernement, cette dérogation se confondait dans sa nature, avec celles édictées par l'ordonnance de 1828 qui interdit le conflit en matière criminelle et correctionnelle, celle de l'article 471 du code pénal, celle de la législation des contributions indirectes et de l'expropriation. « Mais la question est précisément de savoir si une pareille dérogation, pour toutes les instances engagées contre les fonctionnaires pour faits relatifs à leurs fonctions, résulterait virtuellement de la seule abrogation de l'article 75. L'affirmative nous paraît reposer sur une confusion entre les actes administratifs proprement dits, protégés par la garantie réelle qui est de l'essence même du principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, et les faits relatifs aux fonctions, protégés autrefois par la garantie personnelle aux agents de l'administration. Cette deuxième expression est beaucoup plus large que la première; dans le sens que lui avait attribué la jurisprudence, elle comprenait non seulement les actes administratifs proprement dits ; c'est-à-dire les actes revêtus du caractère de l'autorité publique se rapportant à un objet d'administration, mais encore tous les faits commis par un agent de l'administration à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, fussent-ils même des crimes ou des délits de droit commun. Tels sont dans leur généralité les faits que ne couvre plus la protection de l'article 75... Mais quant aux actes administratifs proprement dits, qui ont tout à la fois leur caractère défini et leur juridic-

(1) Ce point sera discuté ultérieurement.

tion propre, ...le droit pour l'administration d'en revendiquer la connaissance pour cette juridiction, dans les conditions réglées par la loi, ne nous paraît avoir aucun rapport avec les abus qui avaient pu résulter de l'application de l'article 75... Les deux garanties, si elles pouvaient se confondre accidentellement dans la pratique, n'en subsistaient donc pas moins avec leur caractère distinct et leur destination propre. La première constituait une garantie personnelle aux fonctionnaires publics établie... pour les protéger contre l'animosité ou l'esprit de parti en soumettant l'autorisation préalable à l'autorité supérieure; c'était une simple règle de procédure dont la sanction était abandonnée à l'autorité judiciaire, car son inobservation ne pouvait motiver un arrêté de conflit (ordonnance du 1er juin 1828). La seconde constituait une garantie réelle, établie en faveur de l'administration, pour défendre contre l'ingérence des tribunaux les actes qui, revêtus de son caractère et de son autorité, lui appartiennent en propre. C'est une règle de compétence dont la sanction est réservée à un tribunal placé également au-dessus de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative pour régler souverainement les conflits d'attribution qui s'élèvent entre les deux autorités. » Il concluait ainsi : « En présence de ces deux garanties, de ces deux règles qui, tout en ayant un principe et un but communs, sont cependant si profondément distinctes par leur caractère, par leur objet spécial et par leur sanction, comment soutenir que l'abrogation de la première entraîne nécessairement celle de la seconde ?... Nous tenons donc que, depuis comme avant le décret du 19 Septembre 1870, l'interdiction faite à l'autorité judiciaire de connaître des actes de l'autorité administrative subsiste dans toute sa force, aussi bien dans les instances engagées contre les fonctionnaires publics que dans les procès entre particuliers, sous la condition

bien entendu, que le fait qui donne lieu à la poursuite soit un acte administratif proprement dit, ou que tout au moins l'appréciation de ce fait au point de vue de la responsabilité qu'il peut entraîner pour son auteur, soit subordonnée ou à l'interprétation ou à la validité d'un acte administratif proprement dit. »

IV. — L'ARRÊT

Le tribunal des conflits fit droit à ces conclusions.

Après avoir rappelé les lois des 16-24 Août 1790, tit. 2, art. 13, du 16 Fructidor An III, et l'article 75 de la Constitution de l'An VIII, l'arrêt s'exprime ainsi.

Considérant que l'ensemble de ces textes établissait deux prohibitions distinctes qui, bien que dérivant l'une et l'autre du principe de la séparation des pouvoirs dont elles avaient pour but d'assurer l'exacte application, se référaient néanmoins à des objets divers et ne produisaient pas les mêmes conséquences au point de vue de la juridiction; que la prohibition faite aux tribunaux judiciaires de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, constituait une règle de compétence absolue et d'ordre public, destinée à protéger l'acte administratif, et qui trouvait sa sanction dans le droit conféré à l'autorité administrative de proposer le déclinatoire et d'élever le conflit d'attribution lorsque, contrairement à cette prohibition, les tribunaux judiciaires étaient saisis de la connaissance d'un acte administratif; que la prohibition de poursuivre des agents du gouvernement sans autorisation préalable, destinée surtout à protéger les fonctionnaires publics contre des poursuites téméraires, ne constituait pas une règle de compétence, mais créait une fin de non

recevoir formant obstacle à toutes les poursuites dirigées contre ces agents pour des faits relatifs à leurs fonctions, alors même que ces faits n'avaient pas un caractère administratif et constituaient des crimes ou délits de la compétence des tribunaux judiciaires; que cette fin de non-recevoir ne relevait que des tribunaux judiciaires et ne pouvait jamais donner lieu, de la part de l'autorité administrative, à un conflit d'attribution; considérant que le décret rendu par le Gouvernement de la Défense Nationale... n'a eu d'autre effet que de supprimer la fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation avec toutes ses conséquences légales et de rendre ainsi aux tribunaux judiciaires toute leur liberté d'action dans les limites de leur compétence; mais qu'il n'a pu avoir également pour conséquence d'étendre les limites de leur juridiction, de supprimer la prohibition qui leur est faite, par d'autres dispositions que celles spécialement abrogées par le décret, de connaître des actes administratifs et d'interdire, dans ce cas, à l'autorité administrative le droit de proposer le déclinatoire et d'élever le conflit d'attribution; qu'une telle interprétation serait inconciliable avec la loi du 24 Mai 1872 qui, en instituant le tribunal des conflits, consacre à nouveau le principe de la séparation des pouvoirs et les règles de compétence qui en découlent »; considérant d'autre part qu'il y avait lieu dans l'espèce de faire application de la législation spéciale sur l'état de siège; vu l'objet de la demande du sieur Pelletier contre MM. de Ladmirault, Choppin et Leudot, tendant à faire déclarer arbitraire et illégale, par suite nulle, la saisie du 18 Janvier 1873, ordonner en conséquence la restitution des exemplaires indûment saisis, et condamner solidairement les défendeurs en 2.000 frs de dommages-intérêts; considérant « que l'interdiction et la saisie de ce journal, ordonnées par le Général de Ladmirault, en sa qualité de commandant de l'état de

siège dans le département de l'Oise constituent une mesure préventive de haute police administrative prise par le Général de Ladmirault, agissant comme représentant de la puissance publique, dans l'exercice et la limite des pouvoirs exceptionnels que lui conférait l'article 9, n° 4, de la loi du 9 Août 1849 sur l'état de siège et dont la responsabilité remonte au gouvernement qui lui a délégué ces pouvoirs; considérant que la demande de Pelletier se fonde exclusivement sur cet acte de haute police administrative; qu'en dehors de cet acte il n'impute aux défendeurs aucun fait personnel de nature à engager leur responsabilité particulière, et qu'en réalité la poursuite est dirigée contre cet acte lui-même, dans la personne des fonctionnaires qui l'ont ordonné ou qui y ont coopéré; qu'à tous ces points de vue le tribunal de Senlis était incompétent pour connaître de la demande du sieur Pelletier », l'arrêt confirmait en conséquence l'arrêté de conflit, déclarant annulés le jugement du tribunal de Senlis du 7 Mai 1873, et l'exploit introductif d'instance du 17 Mars 1873.

Cette fois, la jurisprudence était fixée définitivement.

Un an plus tard, appelé à statuer dans une espèce toute pareille (1), le tribunal des conflits formulait dans des termes identiques, la même solution. Comme dans l'arrêt Pelletier, il exprimait dans le dernier considérant « la distinction fondamentale en cette matière, de la faute du fonctionnaire qui relève des tribunaux, et de l'acte administratif, qui leur échappe. » (2).

---

(1) Plassan c/ Général Lapasset. Conflit 28 novembre 1874. D. 1875.3.75 S. 1876.2.192.

(2) Laferrière. T. I, p. 645.

IV

EXAMEN ET DISCUSSION DE L'ARRÊT PELLETIER

Avant d'étudier cette distinction, telle que l'ont établie, depuis 1873, la jurisprudence et la doctrine, il convient auparavant d'examiner la valeur juridique de la thèse admise par l'arrêt Pelletier.

Les principes qu'il pose — le point doit être précisé sans équivoque possible — sont la base de la jurisprudence actuellement suivie; ils sont respectés à l'égal de la loi, et peut-être, selon le mot de M. Jacquelin, mieux que la loi même. Nous raisonnerons plus loin sur leurs données comme sur un fait. Mais nous sommes en droit, au moment précis où nous les voyons énoncés pour la première fois, d'apprécier leur valeur exacte.

1. — REMARQUE PREALABLE L'ARRÊT SE COUVRE DE LA THÉORIE DES ACTES DE GOUVERNEMENT

Une observation d'abord. L'arrêt du 30 juillet 1873, et celui du 28 Novembre 1874, ont invoqué deux categories de moyens : celui tiré du principe de la séparation des pouvoirs et celui tiré du caractère de l'acte incriminé; considéré dans les deux espèces comme un acte de haute police politique, dont la responsabilité remonte au gouvernement. Ne retenons pour un instant que ce dernier. Ce qu'il formule ce n'est rien moins

que l'irresponsabilité générale et absolue de l'administration et de l'administrateur; pour toute une catégorie d'actes, difficiles à déterminer, et qui sont précisément ceux contre lesquels le citoyen doit être le plus rigoureusement protégé. Ce moyen, nous l'avons déjà rencontré dans l'affaire du Duc d'Aumale, au décret impérial du 9 Mai 1867. Nous savons les abus qu'il autorise et les critiques qu'il soulève. Son mérite unique, c'est de permettre le dessaisissement de l'autorité judiciaire dans toute hypothèse où les moyens ordinaires du droit feraient défaut. Il n'est pas sans intérêt à ce propos de le rapprocher de l'instruction législative du 8 Janvier 1790, que M. Laferrière (1) considère comme étant toujours en vigueur. Aussi bien, si l'on en croit le commentateur du Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (Recueil, 1873, supplément p. 127); la critique de l'arrêt Pelletier « ne l'épargna-t-elle pas » et « donna à entendre que l'addition de ce second motif avait pour objet de suppléer tant bien que mal l'insuffisance du premier »; elle « en tira grief de ce que l'effet d'une telle déclaration serait de ne laisser au demandeur d'autre juge que le pouvoir discrétionnaire. »

Peu importe d'ailleurs la place que lui attribuaient dans leur argumentation les rédacteurs de l'arrêt. Ce qu'il marque sans contestation possible, et ce qu'il faut retenir, c'est leur volonté arrêtée de soustraire l'acte incriminé et l'auteur de cet acte à la juridiction des tribunaux judiciaires (2).

---

(1) LAFERRIÈRE. T. I, p. 9 et 512.

(2) On remarquera que l'arrêt de conflit annule intégralement le jugement de Senlis, même à l'égard de la demande en restitution (action réelle). Le Préfet dans son déclinatoire, et le commissaire du gouvernement dans ses conclusions, avaient pourtant reconnu d'eux-mêmes la compétence de l'autorité judiciaire sur ce point.

II. — LA DOCTRINE FORMULÉE : GARANTIE RÉELLE ET GARANTIE PERSONNELLE

Ceci posé, analysons la doctrine la plus générale, que l'arrêt prétend établir sur le principe de la séparation des pouvoirs. Cette doctrine peut s'exprimer dans les propositions suivantes.

Les lois de l'époque révolutionnaire ont institué pour réaliser le principe de la séparation des pouvoirs, deux sortes de garanties au profit de l'administration et de ses agents; l'une porte sur l'acte administratif lui-même, dont elle interdit aux tribunaux judiciaires de connaître, — garantie réelle — l'autre porte sur la personne même du fonctionnaire qu'elle soustrait à toute poursuite, si ce n'est du consentement exprès de ses supérieurs hiérarchiques ou du Conseil d'Etat; — garantie personnelle. La première est une règle de compétence, sanctionnée par le conflit, la seconde une règle de procédure, une simple fin de non-recevoir qu'apprécie souverainement le tribunal saisi.

Le décret du 19 Septembre 1870 n'a abrogé que la garantie personnelle; qui s'appliquait aux fonctionnaires, même à raison des crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions ;il a laissé subsister la garantie réelle qui s'applique à l'acte administratif « proprement dit » (David). Celle-ci n'a pu être atteinte car elle est la conséquence nécessaire du principe de la séparation des pouvoirs. A supposer que ce principe ait été entamé par le décret de 1870, la loi du 24 Mai 1872, en le consacrant à nouveau, l'a restitué dans son intégralité.

Examinons ces propositions une à une.

III. — LA DISTINCTION DE LA GARANTIE RÉELLE ET DE LA GARANTIE PERSONNELLE N'A ÉTÉ FAITE QUE POUR INTERDIRE LE CONFLIT

Il est exact que les lois révolutionnaires protègent et l'acte administratif et l'agent public. Mais nulle part elles n'expriment cette protection sous la forme systématisée où l'énonce, à la suite du commissaire du gouvernement, le tribunal des conflits; nulle part surtout elles n'en déduisent les conséquences qu'il prétend en tirer. Jusqu'à l'arrêt Pelletier, on ne rencontre qu'une fois cette distinction de la garantie réelle et de la garantie personnelle, au rapport fait par de Cormenin à la première séance de la commission des conflits formée sous le ministère Martignac (arrêté du Garde des Sceaux du 16 Janvier 1828), et dont les travaux sont devenus l'ordonnance du 1er Juin 1828 « pour maintenir la chose jugée, et la compétence des tribunaux, sans porter atteinte à l'indépendance de l'action administrative. » Or, c'est précisément pour soutenir que le défaut d'autorisation des poursuites engagées contre un fonctionnaire ne peut autoriser le conflit : « A la vérité, dit-il, l'ancienne jurisprudence du Conseil d'Etat interdisait aux juges, à peine de conflit, de procéder, sans autorisation préalable de ce Conseil, au jugement des agents du gouvernement, prévenus de crimes ou de délits, commis dans l'exercice de leurs fonctions. C'était détourner le conflit de son but. En effet, le conflit ne peut se saisir que d'une affaire qui, de sa nature, est administrative. Il ne peut revendiquer pour l'adminis-

tration que ce que l'administration peut juger, et l'administration ne peut juger des crimes. Il ne faut pas confondre les choses et les personnes. Le conflit est une garantie réelle. L'autorisation est une garantie personnelle... Dans tous les cas, le défaut d'autorisation préalable en matière criminelle, comme en matière de contributions directes, de domaines et de communes, ne saurait constituer qu'une exception, qui, proposée devant le juge supérieur, peut bien entraîner l'annulation des procédures mais ne peut jamais servir de fondement au conflit. » (1) Cormenin avait raison. Il ne faut pas confondre les choses et les personnes, et si l'on comprend que l'administration puisse, sous le régime français de la séparation des pouvoirs, revendiquer des actes attaqués en tant qu'expression de l'action administrative, on comprend moins qu'elle puisse intervenir là où la poursuite, par son objet même, la laisse délibérément hors du débat, pour s'exercer contre le fonctionnaire pris personnellement, c'est-à-dire en tant qu'homme privé, et soumis à ce titre aux obligations des lois.

La vérité de cette doctrine est telle que, si nous laissons de côté les abus du Directoire et de l'Empire, précédemment rapportés, la jurisprudence du Conseil d'Etat sous la Restauration n'avait pas hésité à l'adopter. « L'absence d'autorisation — et nous retrouvons encore ici les termes du rapporteur et de l'arrêt — ne constitue qu'une exception à proposer au Tribunal saisi de la cause. » (Ordon. du Conseil d'Etat, 12 avril 1829. Cormenin. Rap. aff. ville de Strasbourg. « Exception qui, proposée devant le juge supérieur, peut bien entraîner l'annulation des procédures, mais ne peut jamais servir de fondement à un conflit. » (cf.

---

(1) DALLOZ. Rép. V° Conflit, p. 113, en note n° 62.

Rép. Dalloz, v° Conflit, p. 127). Les auteurs de l'ordonnance du 1er Juin 1828 sanctionnèrent l'opinion de Cormenin et érigèrent en loi cette jurisprudence : article 3 : « Ne donneront pas lieu au conflit 1° ...le défaut d'autorisation de la part du gouvernement lorsqu'il s'agit de poursuites dirigées contre ses agents... » La disposition était formelle. Pourtant l'administration essaya de reprendre ce qu'elle avait dû céder. Moins heureuse alors qu'en 1873, elle se heurta à la volonté contraire du Conseil d'Etat (ord. du 12 Avril 1829, aff. Pfroehler, 9 décembre 1845, aff. Mouton).

Ainsi, le tribunal des conflits pour justifier le dessaisissement de l'autorité judiciaire s'appuie sur une distinction faite précisément pour interdire ce dessaisissement. Le fait est à rapprocher de celui que nous avons signalé plus haut; que sous l'ancien régime la confusion des pouvoirs, sous le régime moderne, la séparation des pouvoirs, ont servi tour à tour à légitimer les évocations et le conflit.

Un point est donc certain, sous le régime de l'art. 75 le conflit ne pouvait être élevé pour défaut d'autorisation. Pouvait-il l'être, à raison de la matière soumise à l'appréciation d'un tribunal judiciaire, lors d'une poursuite engagée contre un fonctionnaire ? Il faut répondre non. En droit strict, parce que, selon le mot de Cormenin, il ne faut pas confondre les choses et les personnes; et que lorsqu'un tribunal juge un agent, sa décision laisse entière l'administration, ne lui fait ni injonction, ni défense, et respecte ainsi le principe de la séparation des pouvoirs. Que si par une extension de ce principe, la personne de l'agent était protégée, la volonté même du législateur s'opposerait à ce que la violation de la garantie pût autoriser le conflit. (1) En

(1) En ce sens. Batbie, t. VII, p. 364.

fait, parce que cette interdiction fût demeurée inopérante, s'il avait suffi pour l'autorité administrative de changer l'objet du conflit, pour le rendre légitime.

V. — SOLUTION CONTRAIRE DU CONSEIL D'ETAT EN 1862

Pratiquement, d'ailleurs, la question s'était posée — une seule fois — en 1862. La commune de Garons avait été autorisée, par arrêté du préfet du Gard, à établir une contribution extraordinaire. Cette contribution, destinée à pourvoir à des dépenses obligatoires, ne pouvait être régulièrement établie que par un décret impérial. Un sieur Grelleau, habitant Nîmes, fit état de l'irrégularité commise pour assigner le sieur Gerente, percepteur, devant le tribunal civil en restitution des sommes par lui versées en trop de ce chef. La demande s'appuyait pour justifier la compétence de l'autorité judiciaire, sur les dispositions de l'art. 19 de la loi du 23 Septembre 1814, complétée par l'art. 94 de la loi du 15 Mai 1818, toujours reproduites par la loi annuelle de finances. Sur l'assignation, le préfet du Gard avait proposé le déclinatoire. Le tribunal, statuant à la fois sur le déclinatoire et sur le fond, s'était déclaré incompétent. Grelleau ayant fait appel, le préfet prit, le 2 Juillet 1862, un arrêté de conflit, visant entre autres les lois de 1790 et de l'An III, et distinguant entre l'illégalité de l'impôt et son irrégularité. L'affaire vint en cet état au Conseil d'Etat. Le commissaire du gouvernement « rappelant les termes très généraux de l'article visé par Grelleau, fit remarquer que le but et l'esprit de cet article étaient manifestement de donner

une garantie au contribuable, et que cette garantie serait illusoire si elle n'entraînait pas la compétence absolue de l'autorité judiciaire. » « L'Assemblée Constituante, dit-il encore, par le système d'institutions qu'elle avait établi, par l'excès même des précautions qu'elle avait prises contre les empiètements possibles du pouvoir exécutif, croyait n'avoir à s'armer que contre les abus que le souvenir alors tout récent des parlements faisait craindre de la puissance judiciaire; le législateur de 1814 et 1818, au lendemain d'une période qui avait fait redouter d'autres abus, se préoccupait davantage des garanties à assurer aux citoyens contre ces dangers. Voilà pourquoi il a voulu déroger et a dérogé, dans ce cas, au principe de la séparation des pouvoirs. Vainement on objecte que les tribunaux, s'ils peuvent statuer sur la légalité de l'établissement d'un impôt, pourront se trouver en concurrence avec la juridiction administrative, qui est aussi ou peut être appelée à statuer sur les mêmes questions, et qu'il en résultera une contrariété de jurisprudence. L'inconvénient est possible; mais, d'une part, le législateur ne s'y est pas arrêté pour des raisons supérieures; d'autre part, il se produit quelquefois dans d'autres matières, et, par exemple, une question de patentes peut amener le conseil de préfecture à décider s'il y a ou s'il n'y a pas société entre deux ou plusieurs individus, ce qui n'empêche pas la juridiction civile ou commerciale d'être saisie de la même question ; chaque décision alors se renferme dans son objet. »

Ces conclusions sont la critique anticipée mais formelle de la décision Pelletier.

Elles posent en effet :

— Que la suppression de la garantie administrative suppression de la garantie du fonctionnaire est illusoire si l'administration peut élever le conflit,

— Que la suppression de la grarantie administrative abroge, en ce qui concerne les poursuites de fonctionnaires, le jeu de la séparation des pouvoirs.

— Qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat (alors juge des conflits) de s'occuper des conséquences possibles de la situation ainsi créée, en présence de la volonté déterminée par des raisons supérieures, du législateur.

Le Conseil d'Etat, adoptant cette thèse, rendit, le 14 décembre 1862 (1) un arrêt dont voici les considérants essentiels : « Considérant que cette disposition (celle de la loi de finances reproduisant les lois de 1814 et 1818) a eu pour but d'instituer en faveur des contribuables une garantie spéciale contre l'établissement et la perception de contributions non autorisées par la loi. Qu'elle a dérogé pour ce cas aux règles destinées à maintenir la séparation des pouvoirs entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, et qu'elle a entendu laisser exclusivement à cette dernière autorité le droit d'apprécier si l'action civile en répétition, aussi bien que la poursuite en concussion, est recevable et fondée; — Qu'il suit de là que l'autorité judiciaire, saisie de la demande en répétition du sieur Grelleau, a le droit de vérifier si l'imposition extraordinaire perçue dans la commune de Garons a été légalement établie, et que sa décision ne saurait être subordonnée à l'appréciation par l'autorité administrative des actes qui ont servi de base à l'établissement de cette imposition. Art. 1^er^. L'arrêté de conflit est annulé. »

L'extrême importance de cette décision tient à ce que la situation qu'elle vise est la même que celle de l'arrêt Pelletier. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit de fonctionnaires publics que ne protège plus la garantie consti-

---

(1) D. 1863. 3.11.12.

tionnelle, avec cette seule différence qu'ici la suppression de cette garantie résulte d'une loi spéciale, et là, d'une disposition générale. Or, ce fait est sans influence sur le droit. Elle n'avait point échappé à l'avocat général Reverchon, et le commissaire du gouvernement David, dans un passage de ses conclusions que nous avons reproduit, comprenant l'obstacle qu'elle faisait à la thèse de dessaisissement qu'il soutenait, avait-il essayé d'en limiter la portée. Selon lui, la compétence de l'autorité judiciaire résultait, dans l'espèce de 1862, non de l'inapplicabilité de l'art. 75, mais de la volonté formelle du législateur de placer l'impôt sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire. L'argument ainsi présenté est spécieux, mais ne résiste pas à l'examen. Il n'y a pas lieu de distinguer la volonté du législateur et l'inapplicabilité ou la suppression de la garantie, car la seconde a précisément pour objet de réaliser la première. La volonté du législateur de 1870 n'est ni moins certaine, ni moins nette, que celle du législateur de 1814 à 1818, rien enfin, dans l'arrêt de 1862 et dans le rapport qui le précède, ne vient justifier cette déduction. L'arrêt de 1862 avait résolu la question de principe, sans ambigüité, et d'une manière irréprochable. Ce sont, nous le verrons, des motifs d'opportunité politique ou constitutionnelle qui ont déterminé les juges de 1873.

VI. — LA GARANTIE RÉELLE SEULE CONSÉQUENCE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

Cette décision, et les principes exposés, nous autorisent à conclure :

1° Que la seule garantie qui soit la conséquence nécessaire de la séparation des pouvoirs est la garantie réelle ;

2° Que si, par extension du principe, il existe une garantie personnelle des agents ou fonctionnaires, cette garantie ne s'ajoute pas à la précédente, puisqu'elle est relative à une situation différente, en fait et en droit ;

3° Qu'ainsi ces deux garanties, quoique ayant une origine commune, doivent être considérées comme juxtaposées et non superposées.

Il en résulte que l'abrogation de la garantie personnelle ne peut avoir pour effet d'autoriser le conflit là où, sous l'empire de cette garantie, il eût été prohibé.

Le tribunal des conflits nous paraît donc avoir fait, de ce premier chef, une fausse appréciation du droit.

VII. — LA LOI DU 24 MAI 1872 EST SANS PORTÉE POUR L'INTERPRÉTATION DU DÉCRET

Passons au second moyen. Il est relatif à la séparation des pouvoirs. A supposer, dit l'arrêt, que le décret de 1870 l'ait partiellement supprimée, la loi du 24 mai 1872, en organisant le tribunal des conflits dont l'unique mission est d'assurer le respect de ce principe, l'a rétablie intégralement.

On remarquera d'abord l'aspect général de cet argument, qui semble produit pour suppléer à ce que le premier pourrait avoir d'insuffisant. Si nous relisons maintenant le texte : « une telle interprétation (celle qui refuserait à l'autorité administrative le droit d'élever

le conflit dans les poursuites dirigées contre les fonctionnaires) serait inconciliable avec la loi du 24 mai 1872... ». Il nous semble qu'il signifie : peut-être ce droit a-t-il été aboli par le décret de 1870. C'est là une concession dangereuse car toute la valeur du premier moyen de l'arrêt se trouve ainsi remise en question et subordonnée à celle du second que nous examinerons maintenant. Or, ce second moyen, que vaut-il?

Une observation préliminaire doit être faite, qui permet de le juger tout de suite, avant même d'entrer dans le détail d'une discussion. Le tribunal des conflits n'invoque point un texte précis, mais l'existence d'une institution. Du fait qu'il a été créé en 1872 une juridiction de conflit, il s'ensuit, selon lui, que le principe de la séparation des pouvoirs a repris son universalité d'application. L'argument pourrait être vrai, mais à deux conditions seulement. La première, c'est qu'avant 1872 (exactement de 1870 à 1872) il n'eût existé aucune juridiction de cette nature, et que le droit de l'administration, supposé intact, eût été seulement paralysé par manque de procédure. La seconde, c'est que, le tribunal des conflits une fois constitué, sa compétence se fût réduite à rien, s'il n'avait eu à statuer sur les instances relatives aux agents publics.

Or, aucune de ces deux conditions n'est réalisée.

A aucun moment, de 1870 à 1872, le règlement des conflits n'est resté sans juges. Il a été confié, à la suite du Conseil d'Etat Impérial, supprimé en 1870, à une commission provisoire chargée de faire fonction de Conseil d'Etat (1). Cette commission avait statué, nous l'avons vu, sur des espèces identiques. Jamais, par

(1) Décrets du 15 septembre et du 19 septembre 1870. — DUVERGIER. 1870. p. 330.342. Cette commission est restée en vigueur jusqu'au 27 juillet 1872. LAFERRIÈRE, I, p. 263.

suite, l'administration, durant cette période, n'a été dépouillée de sa prérogative; et la séparation des pouvoirs, dans son principe général, est demeurée intacte en fait comme en droit.

Par ailleurs, il s'en faut infiniment que la juridiction du tribunal des conflits fut devenue sans objet, par cela seul qu'elle n'aurait point à connaître des poursuites de fonctionnaires. La séparation des pouvoirs subsistant dans toute la mesure où le décret de 1870 n'y a pas porté atteinte, les affaires qui ressortissent au véritable contentieux administratif continuent d'échapper aux tribunaux judiciaires; la garantie réelle n'a point cessé de les protéger, et leur existence, qui est la raison même d'être du tribunal des conflits, offre à celui-ci une sphère d'activité suffisamment vaste.

La loi de 1872, contrairement à l'assertion de l'arrêt critiqué, n'a rien établi et rien aboli. Elle n'a pu rétablir un principe qui n'avait jamais cessé de vivre; elle n'a rien aboli, parce qu'elle n'exprime nulle part, ni directement, ni indirectement, la volonté de détruire la disposition précise du décret de 1870.

Ainsi le second moyen de l'arrêt nous semble reposer sur une appréciation du droit aussi inexacte que le premier. De celui-ci, nous croyons avoir démontré la fausseté intrinsèque; en même temps, nous avons relevé que, supposé juste, l'infirmation du second entraînerait la sienne propre. Pour ces raisons, l'arrêt fondamental du 26 juillet 1873, à notre avis du moins, a fait, en validant le conflit, une fausse application des principes.

VIII. — L'ARRÊT CONDAMNÉ PAR SES CONSÉQUENCES

Cette erreur d'application se révèle encore si nous considérons l'arrêt maintenant, non dans ses motifs, mais dans ses conséquences. L'effet du décret de 1870, dit-il, est qu'aujourd'hui les fautes personnelles des fonctionnaires restent soumises au droit commun de la liberté des poursuites, et qu'à l'égard des fautes de service seulement, le conflit peut être élevé.

Or, une telle interprétation nous paraît contredire manifestement au décret. Et, en effet :

1° La distinction de la faute de service et de la faute personnelle est d'une appréciation trop délicate. Nous étudierons plus loin les applications qu'en a faites, sur la base de l'arrêt de 1873, la jurisprudence. Pour nous en tenir à la formule la plus générale, peut-être la plus exacte, admettons, quant à présent, avec M. Laférrière, qu'il y a faute personnelle « là où la personnalité de l'agent se révèle par des fautes de droit commun, par une voie de fait, un dol »; — faute de service là « où l'acte dommageable est impersonnel, révèle un administrateur de l'Etat plus ou moins sujet à erreur, et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences » (Laferrière, t. I, p. 648).

Cette formule est si compréhensive, si imprécis est le critérium qu'elle pose que des auteurs ont pu dire « cette distinction échappe aux définitions théoriques », « elle se comprend mieux qu'elle ne s'explique » (Répert. Bequet-Laferrière. V° Fonct. pub. n° 273). Cette incertitude dans le principe réagit sur l'application. Affirmer que celle-ci est « livrée à l'arbitraire des

juges » (Sant Andrea. La faute de service, p. 56) est peut-être excessif ; mais il est certain qu'elle comporte une part trop large d'arbitraire. Si l'on excepte toute une catégorie d'actes, les crimes et délits commis par le fonctionnaire et, d'une façon générale, ses infractions à la loi pénale, qui constituent indiscutablement (en théorie tout au moins, car en pratique, il arrive à l'administration de les revendiquer comme fautes de service) des fautes personnelles ; le champ immense des délits civils prête aux appréciations les plus délicates. Tellement délicates qu'elles en deviennent arbitraires. M. Jacquelin cite à son cours comme prototype du genre l'affaire Requilé (1). Le Directeur d'une manufacture dépendant du Ministère de la Guerre, avait, usant des pouvoirs de police à lui conférés, prescrit au concierge, un sieur Grignoux, de répandre des boulettes empoisonnées dans les cours et rues intérieures de la manufacture, pour la défendre contre les chiens errants. Interprétant à sa façon les ordres reçus, le sieur Grignoux attira le chien du sieur Requilé et, dit l'arrêt, « lui jeta directement la substance vénéneuse qui causa sa mort ». Ce fait constituait, remarquons-le en passant, la contravention prévue à l'article 479, 1°, du Code pénal (Dalloz, C. pénal, ann. ss. art. 479, n°s 15, 20, 21, et art. 454, n° 23 et s.). Requilé ayant assigné le sieur Grignoux devant le tribunal civil, en dommages-intérêts, l'administration fit élever le conflit. Le tribunal des conflits, à raison de la circonstance reproduite, décida qu'il y avait faute personnelle. « Ainsi, observe judicieusement M. Jacquelin, si le concierge, sans attirer le chien, avait seulement placé l'appât devant lui au moment où il passait, c'est le contraire qui aurait été jugé ; il y aurait eu faute de service et le conflit

(1) D. 79.3.98. Macarel. 79, p. 803, T. des Conflits, 13 déc. 1879.

aurait été confirmé », et il conclut en disant que cette distinction « trop subtile pour constituer une garantie sérieuse du droit individuel, n'est, à vrai dire, qu'un leurre et un trompe-l'œil ». Laissons à cette formule ce qu'elle peut avoir de trop énergique; dans sa constatation générale, elle exprime une indiscutable vérité.

Dans le système admis depuis 1873, l'autorité administrative peut revendiquer devant l'autorité judiciaire toute affaire intéressant un agent public, qu'il ait ou non commis une faute personnelle. La jurisprudence estime en effet qu'un arrêté de conflit satisfait à l'obligation de l'art. 9 de l'ordonnance du 1er juin 1828, de contenir « textuellement insérée » « la disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du point litigieux », dès lors qu'il reproduit les lois des 16-24 août 1790, tit. 2, art. 13; et du 16 Fructidor an III (de Rubelles. T. des Conflits, 11 déc. 1880. D. 82.3.58). Comme il n'est pas d'hypothèse qui puisse échapper à des textes si généraux, on peut dire qu'ils s'appliquent à toutes, et de fait, ils sont visés en une immuable formule de style, tant par les arrêtés de conflits que par les décisions du tribunal des conflits. Or, une fois pris l'arrêté de conflit, quelque dépourvu qu'il soit au fond de motifs légitimes, le tribunal judiciaire ne peut passer outre; il doit tarder à statuer jusqu'à l'arrêt du tribunal des conflits. Par le conflit, l'administration peut donc paralyser la justice. Elle peut faire plus. Au tribunal des conflits, elle est représentée par le ministre de la Justice, président de ce tribunal (loi du 24 mai 1872, art. 25), et dont la seule voix, comme il advint l'année même de l'arrêt Pelletier (Blanco. 1er février 1873), en cas de partage des éléments judiciaire et administratif de cette assemblée, suffit pour entraîner la décision. Les faits sont alors appréciés pour savoir s'ils constituent faute personnelle ou faute de service. L'imprécision de la ligne séparative

de l'une et de l'autre laisse à ce tribunal la faculté de décider à son gré s'il y a lieu ou non d'entraver la justice ordinaire. « L'arbitraire sans doute n'y est pas légitime (1), dirons-nous en retournant une phrase de M. Nesmes-Desmarets (p. 156); mais il est possible. »

A propos de tous les préjudices causés par les administrateurs, le conflit peut être élevé et aussi être validé. Avec cette jurisprudence, la portée de la réforme de 1870 devient nulle (Jacquelin).

2° Il existe un second motif encore plus décisif pour repousser l'interprétation du tribunal des conflits : la distinction de la faute personnelle et de la faute de service, où il prétend voir la seule conséquence du décret de 1870, avait été faite déjà sous l'empire de l'art. 75 par l'arrêt Chéronnet du 31 mars 1864. Nous avons, plus haut, reproduit et commenté cet arrêt, dit les critiques tardives qu'il avait subies de M. Laferrière, et essayé de répondre à ces critiques. A supposer même qu'elles fussent fondées, elles demeureraient sans influence sur notre thèse. Bien ou mal rendu, l'arrêt de 1864, en fixant la jurisprudence, avait créé la situation de fait que visaient les auteurs du décret de 1870. Il est difficile d'admettre que ceux-ci n'aient eu pour objet, en le promulgant, que de confirmer la jurisprudence et de donner aux tribunaux de droit commun la connaissance des fautes personnelles des fonctionnaires, qu'elle leur attribuait déjà. La seule réforme à réaliser était dans le domaine de la faute de service.

---

(1) Parce que le tribunal des conflits, réorganisé en 1872, et exerçant depuis cette époque la justice déléguée, doit en principe, comme tribunal, se décider d'après les règles du droit, alors qu'antérieurement, la juridiction chargée des conflits n'agissait que comme conseil du chef du pouvoir exécutif, se décidant dans l'exercice de son pouvoir politique.

Or, de ce point de vue, le régime créé par l'arrêt de 1873 constitue — théoriquement — par rapport au régime antérieur, une aggravation sur deux points :

Tout d'abord, quant à la juridiction chargée de statuer sur l'appréciation de la faute. Avant 1870, celle-ci appartenait aux tribunaux judiciaires, gardiens naturels des droits individuels des citoyens. Depuis 1873, elle est dévolue au tribunal des conflits, où l'administration se trouve représentée de façon prépondérante.

D'autre part, quant aux personnes protégées.

La protection de l'art. 75, quelle que fut la tendance des tribunaux à l'étendre aux plus infimes agents, ne s'appliquait cependant qu'à ceux chargés d'exercer un service d'autorité. Elle ne garantissait pas les membres des conseils électifs (cf. Batbie. T. 2, p. 484, espèces citées). Le conflit élevé à raison des « choses », non des personnes, couvre également les uns et les autres (Trib. Confl. Anduze. 13 déc. 1879) et peut s'appliquer à n'importe qui.

Ainsi, si l'on accepte la solution du tribunal des conflits de 1873, le décret-loi du 19 septembre 1870, non seulement n'a pas eu pour effet d'ajouter à la garantie des droits individuels, mais encore a rendu plus précaire la défense de ces droits. Il n'est pas besoin de signaler ce qu'une pareille conséquence a d'illogique et d'absurde. N'eût-on pas critiqué les principes qu'elle invoque, on pourrait affirmer qu'elle a fait du texte du décret-loi une fausse application.

IX. — L'EXAMEN DU DÉCRET DE 1870 CONDAMNE LA SOLUTION DU TRIBUNAL DES CONFLITS

Ce n'est pas assez pourtant que de critiquer l'arrêt du 26 juillet 1873 dans ses motifs et dans les conséquences qu'il entraîne. A la suite de ses rédacteurs, nous avons fait une longue discussion de principe; à leur suite aussi, nous avons manqué d'oublier qu'il ne s'agissait pas là seulement d'une controverse basée sur des données incertaines; mais de l'interprétation d'un texte précis.

Reprenons-le donc, et essayons d'en dégager la portée. L'interprétation des lois se fait, on le sait, de deux manières et de deux manières seulement : d'une manière subjective, — on cherche à pénétrer la pensée du rédacteur — ; d'une manière objective, — on considère le texte comme se suffisant à lui-même et on l'interprète strictement selon sa lettre. Nous appliquerons successivement les deux procédés au décret du 19 septembre 1870.

Ce décret, nous l'avons vu, se compose de deux articles distincts. L'article premier, après avoir déclaré abrogé l'art. 75 de la Constitution de l'An VIII, dispose : « Sont également abrogées toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre des fonctionnaires publics de tout ordre ». L'article second prévoit une répression des abus possibles de procédure : « Il sera ultérieurement statué sur les peines civiles qu'il peut y avoir lieu d'édicter dans l'intérêt public, contre les particuliers qui auraient dirigé des poursuites téméraires contre des fonctionnaires. »

L'esprit du décret, à le considérer d'abord, n'est aucunement équivoque. La volonté de ses rédacteurs est certaine. Ils ont entendu mettre un terme aux abus que légitimait le régime de l'autorisation préalable et donner satisfaction aux plaintes qu'il avait suscistées, plus vives que jamais, à la fin du Second Empire. Ce décret n'était que la première des mesures par lesquelles le législateur d'alors entendait restituer aux tribunaux judiciaires la plénitude de juridiction. Un décret du 18 septembre 1870 avait, en effet, nommé une commission pour étudier la suppression des juridictions administratives; le lendemain était abolie la garantie des fonctionnaires. On peut donc affirmer, sans crainte d'erreur, que les rédacteurs du décret n'hésitaient point, en le promulguant, à porter atteinte à la séparation des pouvoirs, au sens où l'entend la tradition politique et administrative française (1).

Si maintenant on considère le texte du décret, il est très clair. Le paragraphe 1er abroge l'article 75 de la Constitution de l'An VIII; il abroge ensuite toutes autres dispositions de lois générales ou spéciales... Les lois spéciales, nous les connaissons, ce sont les décrets qui avaient transporté du Conseil d'Etat à certains chefs d'administration le droit d'accorder l'autorisation préalable. Ce sont les seules qu'ait visées le commissaire du gouvernement David dans ses conclusions à l'arrêt Pelletier. Il a négligé de citer les lois générales également abolies; et cela parce qu'il n'eût pu le faire

(1) M. Hauriou pour répondre à cet argument, conteste que le principe d'interprétation fondé sur les intentions du législateur soit universellement admis, pratiquement, dit-il, l'interprétation est purement objective, elle rapproche le texte de la situation qu'il doit régler. Précis, 10e édit. p. 369. Note.

sans ruiner sa doctrine, car les lois générales sont précisément les textes de 1790 et de l'An III, et tous ceux qui proclament la séparation des pouvoirs, dans la mesure où leur application fait obstacle aux poursuites de fonctionnaires.

Il faut observer enfin que l'article 2 du décret fournit un argument indirect contre la solution du tribunal des conflits. Cet article prévoit des pénalités contre les plaideurs téméraires ou de mauvaise foi. Il suppose par suite une poursuite libre, car il n'y a pas de plaideurs téméraires dans un système préventif.

Tels sont les motifs pour lesquels la décision Pelletier nous paraît contraire à la lettre et à la volonté clairement exprimée de la loi. Quelque critiquable qu'on la juge, elle a prévalu. Elle régit depuis la matière à l'égal de la loi; mieux, au-dessus de la loi même.

V

OPINIONS SUR L'ARRÊT PELLETIER

Cette jurisprudence a été diversement appréciée par les auteurs. Les contemporains de l'arrêt furent divisés. M. Boulatignier écrivit : « Valider l'arrêté de conflit sous prétexte de questions préjudicielles ou encore par le motif qu'il s'agissait de juger non un acte délictueux de l'agent, mais la légalité d'un acte administratif, c'est ressusciter l'article 75 au profit du tribunal des conflits (1) ». Peu de temps après l'arrêt Pelletier, l'avocat général Reverchon, devant la Chambre des

(1) *Dictionnaire* de BLANCHE. 2e édit. V° Conflits, p. 521.

Requêtes, présentait la décision du tribunal des conflits, comme ouvrant une controverse sur la jurisprudence de la Cour de Cassation, dans laquelle il indiquait persister (1) ». Jules Simon, qui n'était pas un jurisconsulte, mais un juge assez éclairé pour apprécier le résultat, n'y vit que la résurrection, par un détour, d'une disposition abrogée. « Nous n'avons que les tribunaux (pour nous défendre contre la toute-puissance administrative)... encore peut-on y rencontrer l'article 75 ressuscité par le tribunal des conflits. » (2).

D'autres, au contraire, M. Blanche (3), M. Aucoc (4), M. Batbie (5), en approuvèrent la doctrine. Il faut y joindre M. Ducrocq (6), qui a senti la faiblesse des arguments de l'arrêt de 1873, mais y voit un louable effort pour sauver le principe de la séparation des pouvoirs.

Les auteurs modernes, si l'on excepte M. Jacquelin (7), acceptent très généralement ce système. MM. Hauriou (8), Berthélémy (9), Bonnard (10), le

---

(1) Concl. devant la Ch. des Req. Rapportées. D. 1876.1. 299 sous Civ. 15 décembre 1874.

(2) J. Simon. *La liberté politique*, p. 275.

(3) Conclus. aff. Valentin c/ Haas. Civ. 3 août 1874. D. 76.1.297.

(4) (5) Aucoc. *Conférences*, t. I, p. 678. Cité Batbie, t. VII, p. 365.

(6) Ducrocq, *Cours de droit administratif*. 6e édit. 1881, t. I, p. 647 *in fine*.

(7) Jacquelin. *Principes dominants du contentieux administratif*, p. 140 et suivantes, et à son cours.

(8) Hauriou, *Précis*. 8e édit. p. 99 et note, p. 103 et note. 10e édit. p. 368 et note. 11e édit. p. 316, 317 et note.

(9) Berthelemy. *Traité*, p. 80.

(10) Bonnard. *Précis*, 1re édit. p. 382.

défendent comme exprimant la vérité juridique (1). M. Duguit l'a même présenté comme atteignant la perfection. « La doctrine et la jurisprudence, a-t-il écrit, ont édifié spontanément une construction juridique qui s'approche autant que possible de la perfection, aussi bien au point de vue fond, c'est-à-dire des conditions auxquelles la responsabilité personnelle des fonctionnaires se trouve engagée, qu'au point de vue forme, c'est-à-dire des moyens par lesquels elle peut être mise en jeu. » (2).

Il semble pourtant que certains théoriciens du droit public abandonnent aujourd'hui la défense des moyens invoqués à l'arrêt Pelletier, sans toutefois — reconnaissons-le tout de suite — contester d'aucune façon la valeur de la jurisprudence qu'il a créée. M. Blum, commissaire du gouvernement, l'a déclaré fort nettement dans ses conclusions à l'affaire Lemonnier c/ commune de Roquecourbe (D. 1918.3.9). « Nous pouvons bien dire aujourd'hui que ces polémiques et ces controverses (sur l'interprétation du décret de 1870) ont un caractère purement historique, que l'intention des auteurs du décret, intention éclairée par les débats qu'avait soulevés l'art. 75 sous le régime impérial, était de conférer aux tribunaux civils compétence ordinaire pour l'ensemble des actions en responsabilité fondées sur une faute du service public. Cette compétence de droit commun semblait, en effet, la plus sûre garantie des libertés individuelles... Nous pouvons bien dire aussi que la jurisprudence du tribunal des conflits, la jurisprudence marquée par la décision Pelletier, et toute la

(1) Add. Duguit, *Traité de droit const.* 1re édit. t. I, p. 560. — Rolland. *Précis.* 3e édit. p. 268 et s.

(2) Duguit. Note au Sirey. Sous arrêt Montpillié du 19 juin 1917. S. 1918-1919. II-1.

série des décisions subséquentes, est revenue sur l'esprit du décret de 1870. Le tribunal des conflits a essayé de reprendre ce que le décret de 1870 avait accordé à une exigence déjà ancienne de l'opinion. Ce qui l'y a aidé, c'est que ce décret, tel que ses auteurs l'avaient conçu, attentait évidemment au principe de la séparation des pouvoirs. Les tribunaux judiciaires, à qui l'on déférait le fonctionnaire accusé de faute administrative ou même d'une illégalité grave, étaient obligées de déterminer les conditions normales d'exécution du service, de déclarer la légalité. Il y avait là un empiètement évident sur les attributions de l'autorité administrative. Le tribunal des conflits a joué somme toute, dans ce débat classique, un rôle analogue à la Cour Suprême des Etats-Unis. »

M. Appleton, dans une longue note au Dalloz consacrée à la responsabilité de l'Etat, rattache la solution du tribunal des conflits a la volonté persistante des administrations, au cours du XIX[e] siècle, d'assurer leur irresponsabilité; elle exprime selon lui : « les efforts, couronnés de succès, entrepris par l'administration pour faire limiter et réduire pratiquement à néant les effets du décret du 19 septembre 1870. » (1).

Il n'est pas jusqu'à M. Hauriou qui, dans son Précis de Droit Constitutionnel, n'ait passé le commencement d'un aveu, que souligne une tentative de justifier la décision, en la fondant sur l'inconstitutionnalité au moins partielle du décret, suivant la thèse esquissée par M. Blum. « L'un des premiers soins de ce tribunal (le tribunal des conflits, après son établissement, fut de reconstruire une garantie administrative des fonctionnaires. Il prétendit que le décret du 19 septembre 1870 avait bien pu abroger la procédure de l'autorisation

(1) DALLOZ, 1920.3.2.

préalable par le Conseil d'Etat, mais qu'il n'aurait pas pu, sans être inconstitutionnel, déroger au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. » (1).

Envisagée de la sorte, la décision Pelletier n'est plus qu'une solution d'autorité, où la considération de l'intérêt de l'Etat, confondu avec celui de l'Exécutif et de ses services, a primé toutes les raisons juridiques, ou l'effet de la mise en œuvre d'un pouvoir inhabituel aux tribunaux, l'appréciation de la constitutionnalité. De toute façon, elle est quelque chose d'exceptionnel.

VI

APPRECIATION DU ROLE DU TRIBUNAL DES CONFLITS

Il nous reste à rechercher à notre tour, en nous dégageant du texte, ce qu'a fait le tribunal des conflits.

Faisons d'abord une observation préliminaire. La pratique introduite par la décision Pelletier, et constamment suivie depuis lors, peut s'analyser comme suit : Sur toute poursuite engagée devant un tribunal civil par un particulier contre un agent, l'adminis-

---

(1) HAURIOU. *Précis de Droit Constit.* 1re édit. p. 135. M. Hauriou formule à ce passage ce jugement : « C'est le principe même de la garantie administrative qui est faux, il faut avoir le courage de le reconnaître » (*Ibid.* p. 136). Il demande une loi (elle existe) « au besoin constitutionnelle », pour attribuer compétence aux tribunaux « ordinaires » « sans que le conflit put être élevé ». Sur l'appréciation de la Constitutionnalité dans l'arrêt, PELLETIER, *Ibid.* p. 135 et note 2. add. p. 318-319.

tration, lorsqu'elle désire couvrir ce dernier, élève le conflit. Le tribunal des conflits décide alors si les faits tels qu'ils sont exposés dans la citation, constituent une faute personnelle ou un fait de service; dans le premier cas, le tribunal judiciaire recouvre toute sa compétence; dans le second, la juridiction administrative, s'il y a lieu, reste seule à en connaître.

Or, une telle appréciation porte, par sa nature, sur le fond même du débat, puisqu'elle aboutit à la qualification juridique des faits et qu'elle trace, par conséquent, aux derniers juges chargés d'en connaître, le sens de leur décision. Il s'ensuit que le tribunal des conflits, uniquement chargé de régler les compétences, se donne « un rôle et des pouvoirs qui normalement ne sont pas les siens » (Duguit. T. 1, p. 561).

Cette extension anormale de compétence ne se justifie par aucun texte; elle découle des principes admis sur le fond. Réciproquement, d'ailleurs, elle les conditionne. Comme eux, et avec eux, elle ne s'explique que par le rôle joué en fait par le tribunal des conflits, et qu'a le premier dégagé M. Blum.

En réalité, ce ne sont pas des raisons de texte qui peuvent justifier la décision de 1873. Dans le domaine du droit positif ordinaire, les termes du décret de 1870 — nous avons essayé de le montrer — y contredisent de façon formelle. Les lois de 1790 et de l'An III n'ont pas plus de valeur en la circonstance que n'en avaient celles du 8 août 1790 et du 26 septembre 1793, autrefois invoquées par le Conseil d'Etat pour attribuer aux tribunaux administratifs la connaisance des demandes d'indemnité contre l'Etat, et que le tribunal des conflits a abandonnées, comme inutiles, depuis 1873, à la suite de l'arrêt Blanco (1). Si le tribunal des conflits

(1) Blanco. 8 février 1873. — Laferrière, t. I, p. 434-435.

a passé outre aux dispositions du décret de 1870, c'est parce qu'il s'est refusé à admettre l'atteinte que ce décret portait au principe de la séparation des pouvoirs, entendu dans le sens particulier et précis que lui donne la tradition administrative française. Il a fait plier la loi pour satisfaire au principe qu'il voulait défendre. Les affirmations de l'arrêt, toutes ses déductions convergent vers ce résultat voulu d'avance. Tout s'est passé comme s'il agissait en juge de la constitutionnalité.

Nous ne disons point qu'il a jugé la constitutionnalité du décret, cela impliquerait une intention particulière que l'arrêt ne révèle pas, et qui, selon toute vraisemblance, n'était pas dans l'esprit de ceux qui l'ont rendu. Au contraire, c'est de l'interprétation du décret de 1870, mis en regard des textes de 1790 et de l'An III, qu'il prétend tirer les limites qu'il lui assigne. Mais en fait, en refusant de donner au texte son interprétation naturelle, le tribunal des conflits a imposé une solution d'autorité; il a agi comme un juge de la constitutionnalité. Nous retrouvons l'interprétation de M. Hauriou et de M. Blum.

Une dernière question se pose donc. Le tribunal des conflits possède-t-il, soit dans sa constitution, soit dans ses attributions légales, le droit d'exercer un tel pouvoir?

Rappelons d'abord un point hors de discussion — du moins dans le domaine du droit positif (1). La légis-

---

(1) Nous disons en droit positif ; nous laissons de côté les discussions de doctrine auxquelles le jugement de la constitutionnalité a donné lieu ces dernières années. Voir sur ce point LARNAUDE. *Revue polit. et parlem.* 1926, p. 181 et s. — HAURIOU. *Droit Constit.* p. 313 et s. — TROTABAS. *Constitution et gouvernement de la France*, p. 88. — Joseph BARTHELEMY et DUEZ. *Traité de Droit Constitutionnel.* 1926, pp. 204-208 et s.

lation révolutionnaire — loi des 16-24 août 1790, tit. II, art. 11 et 12, la constitution du 3 septembre 1791, tit. III, ch. V, art. 3, l'article 127 du Code pénal, interdisent aux juges de connaître de la constitutionnalité des lois. Peut-on sérieusement soutenir qu'au lendemain du Second Empire, alors qu'avec le Sénat Impérial venait de disparaître la seconde tentative — combien inutile à l'expérience — pour confier à un corps la garde des lois fondamentales et de la constitution, la loi du 24 mai 1872, en créant un tribunal des conflits ait fait un juge de la constitutionnalité.

Si l'on passe aux textes, la réponse n'est pas douteuse. La Cour Suprême des Etats-Unis, dont le rapprochait M. Blum, est un organisme constitutionnel. Elle tient son pouvoir de l'article 3, sect. 2, de la Constitution du 17 septembre 1787 : « Le pouvoir judiciaire s'étendra à tous les cas de droit ou d'équité qui naîtront de la présente constitution, des lois des Etats-Unis... ». Encore son rôle se rattache-t-il à des données historiques antérieures à la constitution elle-même (1)

Les titres du tribunal des conflits sont contenus tout entiers dans l'article 24 de la loi du 24 mai 1872, réorganisant le Conseil d'Etat. « Les conflits d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire sont réglés par un tribunal spécial... ». Ce texte est une loi ordinaire que le législateur peut modifier à son gré. Il établit sa juridiction quant au règlement des compétences; il ne porte rien quant au droit de juger la constitutionnalité. L'intervalle qui sépare ces attributions est le même qui sépare le tribunal français de la Cour des Etats-Unis. Il nous paraît impossible à franchir.

---

(1) Beck. *La Constitution des Etats-Unis*, pp. 146-148.

V.

Le Droit actuel

V

LE DROIT ACTUEL

I

FAUTE PERSONNELLE ET FAUTE DE SERVICE

I. — Cette distinction est difficile.

Trois catégories de définitions : écart du type habituel de la fonction; erreur ou mauvais vouloir caractérisé; acte dont le but n'est pas administratif.

Opinion de M. Mestre.

II. — *Formule pratique de la faute détachable de l'acte administratif.*

a) Elle conduit à la détermination de l'acte administratif.

b) Deux définitions possibles.

L'acte administratif est, non celui que le fonctionnaire fait, mais celui que la loi l'autorise à faire.

L'acte administratif est celui que le fonctionnaire fait en sa qualité, dans la ligne de ses attributions et comme représentant de l'autorité publique.

c) Opposition de ces thèses.

Elles se rattachent à deux interprétations de la séparation des pouvoirs.

d) *L'administration a fait prévaloir la seconde en* 1880 *; grâce au tribunal des conflits. Arrêt du* 5 *Nov.* 1880.

e) L'annulation d'un acte administratif n'en fait pas nécessairement un fait personnel.

f) Pas même nécessairement une faute de service.

II

APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES

I. — Atteintes à la liberté.

II. — Atteinte à la liberté de conscience et des cultes.

III. — Atteinte à la propriété.

IV. — Diffamation et injures.

V. — Dénonciations abusives.

VI. — Entraves à la liberté d'affichage en matière électorale et lacération d'affiches.

VII. — Refus d'un service légalement dû.

VIII. — Violences.

IX. — Révocation de fonctionnaires.

X. — Responsabilité des fonctionnaires des services techniques.

XI. — Services médicaux.

XII. — Impositions irrégulières.

XIII. — Voies de fait et abus de pouvoir.

XIV. — La jurisprudence et le critérium de la faute. L'ordre du supérieur.

XV. — Du cas où le fait reproché au fonctionnaire constitue un délit pénal.

I

FAUTE PERSONNELLE ET FAUTE DE SERVICE

Quelles que soient les critiques que peut susciter la doctrine établie par la décision Pelletier, cette doctrine est consacrée par une jurisprudence qui, de 1873 à aujourd'hui, ne s'est jamais démentie. Pratiquement, elle a toute la force d'une disposition législative. Il nous reste donc, la considérant comme donnée, à voir les applications qu'elle a reçues et les conséquences qu'on en a déduites. Cela revient, d'après les principes posés plus haut, à déterminer dans quel cas il y a faute de service, dans quel cas faute personnelle, et l'influence de cette distinction quant à la personne responsable, administration ou fonctionnaire.

La distinction de la faute personnelle de la faute de service n'est pas, on l'a vu dans ce qui précède, sans soulever de très grosses difficultés (cf. encore Lacoin. Rapport à la société générale des prisons. *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 400. — Berthélémy, p. 75. — Appleton, note D, 1921.1.42. — Mestre, note S. 1918-19.1.209).

La diversité des définitions fournies par les jurisconsultes les plus qualifiés en est une preuve tangible. Ces définitions se ramènent, dans leurs grandes lignes, à trois catégories distinctes, selon qu'elles considèrent la faute personnelle comme un écart du type habituel de la fonction, une erreur ou un mauvais vouloir caractérisé, un acte dont le but n'était pas administratif. Au premier système, se rattachent MM. Berthélémy

et Hauriou. La faute personnelle est l'acte « qui ne peut être confondu avec l'accomplissement, même irrégulier, d'un acte de la fonction. » (Berthélémy, p. 75). Celui « qui n'est point conforme au type habituel d'acte administratif qui est donné par le fonctionnement normal des services publics. » (Hauriou, p. 94). Au second système se rattachent MM. Appleton et Jeze : « Le fait personnel doit comprendre nécessairement une faute, et non pas n'importe quelle faute, mais un mauvais vouloir, un dol, une erreur si grossière qu'elle fait présumer le mauvais vouloir ou le dol, la faute lourde assimilable au dol » (Note au D. 1921.1.42). « Il y a faute personnelle dans deux séries d'hypothèses, lorsque la faute révèle une intention mauvaise, lorsque la faute est lourde. Il y a faute lourde dans trois cas : 1° lorsque l'agent s'est trompé grossièrement dans l'appréciation des faits qui ont motivé sa conduite; 2° lorsqu'un fonctionnaire s'est trompé grossièrement sur l'étendue de ses pouvoirs légaux; 3° lorsqu'un fonctionnaire a violé une loi pénale (Jeze. *Revue du Droit public.* 1909, p. 274). Au troisième système, M. Duguit : « La faute personnelle est l'acte du fonctionnaire, accompli à l'occasion du service, mais cependant étranger au service » (t. I, p. 549). Il précise ainsi le caractère de cet acte : « L'agent a-t-il eu l'intention de gérer son service, il n'est pas personnellement responsable, quelque grossière que soit sa faute. A-t-il eu une intention étrangère à son service, il est personnellement responsable envers le particulier lésé. » (p. 554).

Certains auteurs, comme M. Mestre, occupent une situation particulière. Comme M. Duguit, ils recherchent l'intention de l'agent, mais non pour restreindre, ou contraire pour étendre le champ de sa responsabilité: « La notion de fait personnel (c'est-à-dire d'acte positif) est insuffisante pour fonder la responsabilité... Ce qui est important c'est, non pas le fait lui-même, mais

le dommage qu'il a pu causer, la disposition intérieure de son auteur..... cette faute... pourra se révéler parfois dans un fait détachable de la fonction... en bien des cas aucun fait extérieur n'est apparu et cependant, il peut y avoir intérêt à considérer la responsabilité de l'agent comme engagée... » (Mestre, note S. 1918-1919. 1.209 et s.)

Divergents dans leurs formules, les auteurs se sont critiqués réciproquement. M. Hauriou a fait observer que la distinction de la faute lourde et de la faute légère ne résolvait pas le problème. Le fonctionnaire, selon lui, peut être responsable sans que la faute puisse être qualifiée de lourde; il peut échapper à toute responsabilité, bien qu'il ait commis une faute grave, quand, ni en fait, ni en droit, il n'est sorti du domaine administratif. » (Note sous C. d'Et. 27 Février 1903. S. 1905.3.17. Précis. p. 94). M. Duguit repousse également cette distinction comme contraire à sa propre doctrine, et à la plus récente jurisprudence (t. I, p. 553. Note au S. 1918-1919. 2.2.) Malgré ces critiques, MM. Appleton et Jeze persistent dans leur système, et M. Duguit a vu contester par M. Mestre (loc. cit.) les conséquences qu'il fait dériver du sien quant à la compétence des tribunaux judiciaires. (1)

(1) Une décision du tribunal des conflits, du 4 juillet 1932, D. 33.3.1, note Appleton, décide que l'autorité judiciaire est incompétente pour connaître des faits qui, tels qu'ils sont allégués, constituent des fautes personnelles si la pertinence des fautes ne résulte d'aucune des pièces du dossier.

II

FORMULE PRATIQUE DE LA FAUTE DETACHABLE DE L'ACTE ADMINISTRATIF

Malgré cela, les auteurs semblent s'être mis d'accord sur un point : qu'il y a faute personnelle lorsque le fait incriminé est détachable du service (Hauriou, p. 94. Duguit, p. 553 et s. Appleton, loc. cit. Mestre, loc. cit.); encore M. Duguit distingue-t-il entre le fait moralement, et le fait matériellement détachable, les tribunaux ne pouvant connaître directement que des seconds et devant surseoir à statuer sur les premiers jusqu'à leur qualification par l'autorité administrative. (Duguit, note au Sirey. 1918, citée p. 3) (critique de Mestre. S. 1918-1919. 1. 209 et s.).

Pour nous, tout en acceptant la formule du fait détachable, qui est commode; et que le tribunal des conflits a rendue classique, nous dirons, avec M. David, commissaire du gouvernement (D. 78.3.17) : « Lorsque, dans une matière qui lui est confiée, l'administrateur, agissant dans l'exercice légitime de ses pouvoirs, se trompe sur leur étendue précise, ses actes ne perdent pas pour cela le caractère administratif; ils sont entachés d'excès de pouvoir (au sens que la jurisprudence administrative attache à ce mot), et il appartient à la juridiction administrative de les redresser ou de les annuler ; mais lorsque l'acte d'un administrateur s'applique à un objet qui n'est pas placé dans ses attributions, ou qui lui est expressément interdit par la loi, il prend le caractère d'un abus de pouvoir, ou plutôt, d'une usurpation de pouvoir, et constitue une faute personnelle à l'administrateur qui doit répondre devant

la justice des dommages qu'il a ainsi causés aux tiers (civ. 1382)... Et il en serait ainsi, alors même que le fait reproché se serait produit à l'occasion d'un acte régulier de la fonction. »

A. — *Cette formule conduit à la détermination de l'acte administratif*

La faute personnelle pouvant ainsi se définir, l'acte dommageable qui, accompli à l'occasion ou dans l'exercice de la fonction, se distingue de l'acte administratif — même vicié — qu'elle est susceptible de comporter, exige donc, pour pouvoir être pratiquement déterminée, la connaissance des caractères essentiels de l'acte administratif.

L'importance extrême qui s'attache à la détermination de l'acte administratif apparaît immédiatement. La jurisprudence de 1873 couvrant l'acte, et non l'agent, il s'ensuit que, plus la notion de l'acte sera étendue et compréhensive, plus efficace sera la garantie qu'elle donne à l'agent. De là de nouvelles divergences chez les auteurs.

B. — *Deux définitions possibles*

Les deux points de vue, restrictif et généralisateur, seront parfaitement mis en lumière par les deux définitions suivantes, proposées à la même époque par deux juristes différents. L'une est extraite de la note anonyme adressée au Dalloz par un de ses correspondants,

et qui figure sous le Référé Marquigny (1er Juillet 1880. 3.57); l'autre est empruntée aux conclusions du Commissaire du Gouvernement Gomel, à l'affaire Bouffier (conflits. 5 Nov. 80. D. 1880.3.128) : « Tout acte accompli par un administrateur n'est pas nécessairement un acte administratif, écrit le premier. Pour que l'acte de l'administrateur constitue en droit un acte administratif, il est indispensable qu'il ait été accompli en une matière placée par la loi dans les attributions de ce fonctionnaire. Alors, mais seulement, les tribunaux seront incompétents pour en connaître... Si au contraire l'acte qui a porté atteinte aux droits de propriété et de liberté individuelle d'un particulier a été fait par le fonctionnaire dans une matière que la loi n'a pas remise entre ses mains, cet acte n'a pas (au point de vue juridique) le caractère administratif; il n'en a que l'apparence et non la réalité. La juridiction ordinaire conserve dès lors qualité, en vertu du principe primordial de sa compétence, pour connaître de l'action civile en réparation des effets d'un tel acte. Cette distinction puisée à la nature juridique des choses est professée, soit explicitement, soit implicitement, par l'ensemble de la doctrine. » (V. Jur. Gén. Dalloz. Compet. ad. n° 42 et s., 69 et s., 101 et s., 193 et s. — D. P. 1879. 2.101, note 3. — Aucoc. Conf. sur le Dr. Adm. 2e édit. t. 1, p. 678 et s. — Dareste. Traité de la jurid. adm. p. 204 et s. — Ducrocq. Cours. 5e édit. t. 1er, p. 648 et s. — Chauveau. Princ. de comp. adm. t. 1er, n° 482 et passim. — Cf. dissertat. Blanche D. 76.291, note, etc...). Et reprenant la formule d'un arrêt de Dijon du 15 Décembre 1876. « *L'acte administratif proprement dit, écrit-il encore, est non celui que le fonctionnaire fait, mais celui que la loi l'autorise à faire.* » (Aff. Chamoy c/ Maire de Collonges — D. 1878.2.32).

Lisons maintenant M. Gomel : « *L'acte administratif est l'acte d'un fonctionnaire de l'ordre adminis-*

tratif agissant dans l'exercice de ses attributions et comme représentant de l'autorité publique. Sans doute, tout acte fait par un administrateur n'a pas le caractère d'un acte administratif, et sans parler du cas où il constituerait un délit ou un quasi-délit, il est certain que si cet acte est une usurpation manifeste de fonctions, ou une extension abusive et grossière des pouvoirs appartenant à l'administrateur, il revêt le caractère d'une simple voie de fait personnelle à celui qui l'a commise... Dans certains cas, donc, les mesures prises par un administrateur ne sont pas des actes administratifs. Mais toutes les fois qu'un fonctionnaire de l'ordre administratif fait un acte en sa dite qualité et sans commettre ce qu'on peut appeler une faute lourde, cet acte a le caractère administratif, même s'il est entaché d'excès de pouvoirs... Telle est la portée de ce que nous appellerons la théorie de l'acte administratif. Elle est assurément très large, mais elle nous paraît répondre à l'esprit des lois qui ont établi et entendu sauvegarder en France la séparation des pouvoirs... » La conséquence qui en découle est que « si un acte accompli par un administrateur dans l'exercice de ses attributions porte atteinte aux droits d'un particulier, celui-ci se retrancherait inutilement derrière le principe général de la protection due par l'autorité judiciaire à ses droits personnels et réels ; ce principe est en effet tenu en échec par un autre tout aussi respectable parce qu'il est une base de notre organisation administrative et politique ; à savoir le principe de la séparation des pouvoirs. »

C. — *Opposition des deux thèses. Elles se rattachent à deux interprétations de la séparation des pouvoirs*

On saisit toute la différence des deux thèses, différence qu'il est intéressant de souligner.

Dans la première, est acte administratif tout acte accompli par l'administrateur dans l'exercice régulier de sa fonction, à la condition toutefois que cet acte n'atteigne pas l'un quelconque des droits qui sont par leur nature placés sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire : liberté, propriété, etc.. Dans ce dernier cas, pour être administratif l'acte doit être prévu et autorisé par une disposition de loi particulière et formelle.

Dans la seconde, il suffit que l'agent accomplisse l'acte dans la ligne de ses attributions, et comme représentant de l'autorité, pour qu'il lui confère, par cela même, le caractère administratif. Ce caractère ne disparaîtrait point par l'excès de pouvoir. Peu importe que l'acte s'exerce à l'encontre de droits spécialement protégés; l'administration n'a aucune justification à fournir, la qualification des faits lui appartenant en vertu du principe de la séparation des pouvoirs.

Nous n'insisterons pas sur ce que la seconde doctrine peut offrir de dangereux pour les libertés publiques. Tout ce que nous voulons noter, c'est que l'une et l'autre se revendiquent de la séparation des pouvoirs, et que leur différence est la suite nécessaire de la diversité d'interprétation de ce principe.

L'interprète-t-on dans le sens que lui attribuaient ceux qui l'ont découvert, et les législateurs de 1791 qui l'ont promulgué : d'être une interdiction pour le juge d'administrer, pour l'administrateur de juger, afin de

mieux défendre les droits de chaque individu, — alors la première thèse est vraie. Y voit-on, au contraire, le principe de l'absolue indépendance de l'administration à l'égard de la justice (1), la justification de ce fait que M. Hauriou exprime sous cette forme exacte et un peu brutale : « En France l'administration est plus forte que la justice. » (2) la seconde thèse doit être considérée comme fondée.

Nous avons dit plus haut, en étudiant le principe de la séparation des pouvoirs, pourquoi cette dernière interprétation nous paraissait inacceptable. Il s'ensuit que nous repoussons la dernière théorie comme basée sur une inexacte interprétation du principe.

D. — *L'Administration a fait prévaloir la seconde en* 1880. — *Arrêt du* 5 *Novembre* 1880.

Les deux doctrines se sont affrontées en jurisprudence, en 1880, à propos de l'expulsion des congrégations non autorisées. La théorie extensive de l'acte administratif, condamnée par le plus grand nombre des

---

(1) Berthelemy. *Traité*. 9e édit. p. 996, note (1). La formule est en italique au texte, et l'auteur la donne comme celle d'une règle qui est la base de notre contentieux administratif.

(2) Hauriou. *Précis de droit administratif et de droit public*. 8e *édit*. 1914, p. 33 ; 11e édit. 1927, p. 315, add. 10e édit. 1921, p. 8, note et p. 872. Note au S. 1904.3.20. C'est intentionnellement que nous multiplions ces références. Il ne s'agit pas là en effet d'une formule incidemment énoncée, mais de l'expression, par l'un des interprètes les plus autorisés de la jurisprudence administrative, d'un fait qu'il signale avec raison comme l'une des caractéristiques essentielles du système français.

tribunaux judiciaires, a prévalu grâce au tribunal des conflits. Celui-ci en a fait le moyen principal — on dirait aussi justement le moyen unique — de la validation du conflit dans les espèces qui lui étaient déférées; il en a donné la formule et précisé les conséquences en des termes très généraux que ne limite aucune réserve, et sans donner à ses affirmations d'autre base que le principe de la séparation des pouvoirs.

Agissant en exécution de deux décrets du 29 et du 30 Mars 1880 (1), prescrivant la dissolution des congrégations non autorisées, le Gouvernement avait fait prendre par les préfets des arrêtés d'expulsion exécutés par les commissaires de police et apposer les scellés sur les maisons conventuelles : les décrets se fondaient sur les dispositions des lois des 13-19 Février 1790, art. 1 — 18 Août 1792, art. 1. tit. 1 et art. 19. tit. 5 — 18 Germinal An X, art. 11 — Concordat, art. 11 — décrets du 3 Messidor An XII et du 22 Décembre 1812 (2), et d'un certain nombre d'autres textes. Elles autorisaient les mesures prises (3).

Les membres des congrégations dispersées se pourvurent, soit en réintégration, soit en dommages-intérêts contre les fonctionnaires qui avaient procédé à l'expulsion. Un très grand nombre de décisions intervinrent,

---

(1) D. 1880.4.23. S. 1880. *Lois* annotées. 514.

(2) DALLOZ. *Jurisprud. Gén.*, v° Cultes.

(3) En 1845, le Gouvernement avait demandé l'avis de tous les premiers présidents et de tous les procureurs généraux sur les lois existantes contre les congrégations et leur mode d'exécution. Tous répondirent que non seulement ces lois étaient en vigueur, mais qu'elles devaient être exécutées par l'administration. Note au SIREY. 1881.2.207. V. également. Réponse de M. Cazot, Ministre de la Justice, S. 1880. L. annotées. p. 523.

affirmant la compétence de l'autorité judiciaire (1). Quelques-unes reconnurent la légalité des actes attaqués, à raison des textes spéciaux qui armaient l'autorité administrative : loi du 18 Germinal An X, décret du 22 Décembre 1812, autorisant la fermeture des établissements non autorisés (2), décret du 3 Messidor, An XII, autorisant la dissolution (3).

Le Gouvernement éleva alors le conflit, partout ou l'autorité judiciaire avait affirmé sa compétence pour faire échec aux mesures prises. Il le fit, en visant les lois de 1790 et de l'An III, et en déclarant que les actes incriminés avaient le caractère de mesures de haute police.

La décision-type fut rendue le 5 Novembre 1880 dans une affaire Marquigny et autres c/ Cambon, Préfet du Nord, et Mornave, commissaire central, sur une ordonnance de référé de Lille du 1er Juillet 1880 (4).

Cette ordonnance contestait à tort, selon nous, les droits accordés au Gouvernement par les lois spéciales

---

(1) Plus de quinze présidents en référé ou tribunaux civils se déclarèrent compétents sur les demandes en réintégration. V. DALLOZ. 1880.3.57. S. 1881.2.193 et s. Sur les actions en dommages-intérêts : tribunal de Lille, 16 juillet 1880. Tribunal de Quimper, 27 juillet (D. *loc. cit.*) Rouen, 4 août 1880. S. 81.2.203.

(2) Cour de Nancy, 31 juillet 1880. GODFROY. D. 80.2.177. Req. Société Union Immobilière d'Amiens c/ Préfet de la Somme. 26 janv. 1881. S. 81.1.305. D. 81.1.49. Ce dernier arrêt porte : « Attendu que l'arrêté a été pris par le préfet pour l'exécution des prescriptions d'une loi qui était spécialement confiée à son autorité. »

(3) Tribunal de Toulouse, 2 août 1880. Pères de la Compagnie de Jésus c/ Préfet de la Haute-Garonne. D. 80.3.73 ; S. 81.1.207.

(4) D. 1880.3.57.

précitées, mais elle affirmait exactement, en thèse générale, le droit « dont les tribunaux ne sauraient être dépouillés, de garantir l'état civil, la liberté et la propriété des citoyens contre toutes voies de fait qui ne rentreraient pas dans l'exercice des pouvoirs constitutionnels ou légaux de l'administration ou du Gouvernement », ajoutant que c'était là non la violation, mais la « consécration du principe de la séparation des pouvoirs. »

Le commissaire du gouvernement, M. Ronjat, pour conclure à la validation du conflit invoqua deux ordres de moyens; d'abord le caractère d'actes de gouvernement des actes incriminés, comme pris sur l'initiative de la Chambre des Députés et approuvés par elle et par le Sénat; ensuite le fait qu'ils avaient été régulièrement accomplis par l'autorité administrative en exécution des lois de 1790 et de 1792, ce qui, à supposer un recours possible, le réservait aux tribunaux administratifs.

Ecartant implicitement le premier moyen (1), et négligeant le second (2), le tribunal des conflits statua en ces termes, dont la portée dépasse l'espèce qui lui était soumise, et qui constituent l'énoncé d'une doctrine générale (3), « considérant que le préfet du département du Nord, en prenant l'arrêté du 30 Juin 1880 et en le faisant exécuter par le commissaire central, d'après les ordres du Ministre de l'Intérieur, a agi en vertu

(1) En acceptant le recours possible à la juridiction administrative.

(2) Une note au DALLOZ, 1886.3, p. 121 et s. souligne l'absence totale d'interprétation des textes spéciaux visés.

(3) DALLOZ, 1880.3.127. SIREY, 1881.3.90, conflit 5 novembre 1880. Il est tout à fait remarquable que l'arrêt restreint le champ des actes de gouvernement, alors qu'il étend celui des actes administratifs.

du décret précité du 29 Mars 1880, dans le cercle de ses attributions, comme délégué du pouvoir exécutif, que le commissaire, agent de police administrative et placé sous les ordres du préfet, n'a fait qu'exécuter les prescriptions de l'arrêté préfectoral, par suite de la délégation spéciale qu'il avait reçue à cet effet... qu'il ne saurait appartenir à l'autorité judiciaire d'annuler les effets et d'empêcher l'exécution d'un acte administratif... que si les sieurs Marquigny et consorts se croyaient fondés à soutenir que la mesure prise contre eux n'était autorisée par aucune loi et que, par suite, le décret et l'arrêté précité étaient entachés d'excès de pouvoir, c'était à l'autorité administrative qu'ils devaient s'adresser pour faire prononcer l'annulation de ces actes. »

Cette décision fut suivie d'une série de décisions identiques (Bouffier c/ Fache et Schnerb — Cons. 5 Nov. 1880. D. 80.3.128 — de Nolhac — 13 Nov. 1880. — Lebon, 1880. p. 884, etc.) qui figurent aux recueils de jurisprudence de 1880 et 1881 (1), et n'ont pas d'autre intérêt que de confirmer les principes de l'arrêt Marquigny.

Nous devons cependant signaler que cette jurisprudence n'a point été rigoureusement maintenue dans une circonstance particulière. Divers préfets avaient fait, sur l'ordre du Ministre de l'Intérieur, saisir des tracts au nom du Comte de Paris, les empreintes et griffes ayant servi à leur impression et, dans une espèce, les plis recommandés où ces papiers avaient été insérés. Sur les poursuites engagées par les propriétaires et expéditeurs devant les tribunaux judiciaires, le conflit fut élevé, motif déduit de ce que les saisies présentaient le caractère d'actes admnistratifs, en tous cas, d'actes de gouvernement. Peut-être, le tribunal des

(1) Le Sirey, 1881.3.85.98, rapporte huit arrêts de conflit.

conflits, saisi, se rappela-t-il l'affaire du Duc d'Aumale. Quoi qu'il en soit, par trois arrêts (Dufeuille c/ Préfet de Police. Usannaz-Joris c/ Préfet Savoie et Direct. Gén. et Recev. des Postes. — Michau et Lafrenay c/ Préfet Loiret et Commissaire de Police) des 23, 25 Mars 1889 (Lebon. 89. p. 411 et s.); il déclara « que la revendication d'objets mobiliers était de la compétence de l'autorité judiciaire » (1re esp.) « que la saisie préventive était par sa nature et son objet étrangère aux attributions de l'autorité administrative » (3e esp.) « que le droit de pratiquer discrétionnairement des saisies ne résultant, ni de la loi du 22 Juin 1886, ni d'autres lois », le Gouvernement ne pouvait invoquer pour les justifier le caractère gouvernemental de ces actes », n'étant investi, à leur égard, que des pouvoirs que la loi lui donne » (les 3 espèces); enfin « que le préfet agit dans le cercle de ses attributions de la police judiciaire, lorsqu'il exerce les pouvoirs que lui donne l'article 10 du C.I.C. ». En conséquence, il annula tous les arrêtés de conflit, en tant qu'ils portaient sur ces demandes en revendication, ne validant que celui qui portait sur le Directeur et le Receveur des Postes, « ceux-ci, en obéissant à un mandat délivré dans les termes de l'art. 10 C.I.C., n'ayant fait que remplir un devoir professionnel. »

Si bien rendues que soient ces décisions, elles n'ont pas altéré la doctrine générale du tribunal des conflits qui s'est affirmée de nouveau en d'autres circonstances. (Cf. Conf. 2 Déc. 1902. S. 04.3.17, avec note de M. Hauriou. Duguit, t. 1, p. 253).

Ainsi, est acte administratif, dans les termes de cette jurisprudence, tout acte accompli par un fonctionnaire agissant dans la ligne de sa fonction. La défense des droits individuels n'appartient aux tribunaux judiciaires que sous la réserve de la censure toujours possible du tribunal des conflits.

E. — *Du cas où l'acte incriminé a fait l'objet d'une décision d'annulation*

L'annulation d'un acte administratif n'a point pour effet nécessaire de lui enlever le caractère administratif qu'il possédait *ab initio* et de le faire dégénérer en fait personnel. (1) Nous avons déjà rencontré ce principe formulé aux conclusions de M. Gomel dans l'affaire Bouffier. Confl. 5 Novembre 1880. Il résulte sans doute possible de cet arrêt, et de tous ceux qui ont été rendus en même temps que lui. Il est dans la logique du système admis par le tribunal des conflits. Il avait d'ailleurs été posé en termes exprès par le tribunal des conflits, quelques années auparavant, dans la célèbre affaire Laumonnier-Carriol. Un fabricant d'allumettes, Laumonnier-Carriol, avait eu son établissement fermé par le Préfet de Maine-et-Loire, agissant sur l'ordre du Ministre des Finances. Le motif allégué était l'application des lois sur les industries dangereuses et insalubres; le motif réel était le désir du ministre d'éviter à l'Etat les frais de l'expropriation prévue par la loi du 2 Août 1872. Il y avait manifestement détournement de pouvoir, et le Conseil d'Etat, saisi, avait annulé les décisions ordonnant la fermeture (C. E. 26 Novembre 1875) (2). L'intéressé avait alors assigné le Préfet Merle, Magne et Mathieu-Bodet, anciens ministres des Finances, en dommages-intérêts pour le préjudice à lui causé par la fermeture de son usine. Le

---

(1) V. Delbez. De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité. R. D. P. 1932, p. 441 et s.

(2) Rec. 936, voir la note p. 934.

déclinatoire ayant été proposé, le Tribunal d'Angers se déclara compétent en se fondant sur l'annulation : « Il importe peu que pour abriter un excès de pouvoir, M. le Préfet l'ait revêtu de la forme administrative. La forme brisée, l'excès reste, et la justice civile reste juge des conséquences. » Le tribunal des conflits, statuant sur les conclusions conformes de Laferrière, annula cette décision : « parce que les arrêtés étaient des actes administratifs et que l'annulation par le Conseil d'Etat ne leur avait pas fait perdre le caractère d'acte administratif; que la décision du Conseil d'Etat déclarait, au contraire, qu'ils avaient été pris en exécution d'instructions émanées du Ministre des Finances, à la suite de la loi du 2 Août 1872, et dans l'intérêt des services financiers de l'Etat; — que Laumonnier-Carriol n'alléguait aucune faute personnelle qui pût engager la responsabilité des fonctionnaires assignés — que l'action intentée par Laumonnier-Carriol était en réalité portée contre l'Etat dans la personne de ses agents... » Confl. 5 Mai 1877. Rec. p. 438. D. 1878.3. 13. (1) (2)

Cette jurisprudence nous semble fondée dans son principe, sous la réserve de ce qu'il pourrait avoir de trop général. L'excès de pouvoir administratif, distinct de l'abus de pouvoir prévu au Code Pénal, correspond fréquemment à un vice de forme, à une erreur excusable sur des questions parfois délicates de compétence et de légalité. Il est naturel que dans ce cas la répression s'arrête à l'acte, et n'atteigne pas son auteur. Laferrière a fort bien montré (t. I-653 et s.) l'analogie de situation existant entre l'agent adminis-

---

(1) Le Conseil d'Etat devait d'ailleurs ultérieurement accueillir une demande d'indemnité dirigée contre l'Etat. C. E. 5 décembre 1879. Rec. 768.

(2) LAFERRIÈRE, *Jur. Adm.* 1.653 et s.

tratif qui se trompe dans l'exercice de ses pouvoirs, et le juge qui commet une erreur de droit. Or, toute erreur de droit n'expose point le magistrat judiciaire à une prise à partie. Il est équitable qu'à cette analogie de situation corresponde une analogie de solution et que tout excès de pouvoir n'entraîne pas nécessairement la responsabilité du fonctionnaire. Ainsi « l'illégalité reprochée à un acte administratif ne le dépouille pas de ce caractère pour le faire dégénérer en un fait particulier, et à l'autorité administrative seule il appartient d'aprécier si ce reproche est fondé; » (1) ou plutôt, de le faire dégénérer *nécessairement*, car l'excès de pouvoir peut évidemment s'accompagner des faits constitutifs de la faute personnelle, et c'est avec raison que M. Laferrière demanda au tribunal des conflits de modifier ainsi sa formule : « que l'illégalité ou l'excès de pouvoir n'a pas pour effet *nécessaire* de faire dégénérer la faute ou l'erreur qui aurait été commise en une faute personnelle de laquelle seule peut résulter la responsabilité civile. » (2)

La solution du tribunal des conflits est aujourd'hui acceptée par les tribunaux judiciaires. Le 19 Juin 1917, la Cour de Bordeaux, statuant correctionnellement sur la poursuite engagée par le sieur Monpillié, boucher, contre le Maire de Bordeaux, à raison du préjudice qu'il prétendait avoir éprouvé du fait de l'exécution

---

(1) Confl. 24 novembre 1877. Gounouilhou. S. 78.2.157. Note. Formule reproduite par de nombreux arrêts. En fait d'ailleurs, l'arrêt était des plus critiquables ; l'acte reproché au Préfet consistait dans une atteinte à la liberté de la presse, et était une violation indirecte, mais manifeste, des dispositions de la loi du 29 décembre 1875. S. 76. *Lois* annotées. 89. V. sur ce point Laferrière, 1.651, note 3.

(2) Confl. 15 décembre 1877, de Roussen et About, S. 77. 2.307.

d'un règlement sanitaire annulé pour vice de forme par le Conseil d'Etat (1), a décidé : « qu'un acte qui présente le caractère de l'acte administratif ne peut, par le fait seul qu'il a été déclaré illégal dans le fond ou en la forme, se transformer en une faute personnelle du fonctionnaire ». (2) et rejeté la demande.

La chambre criminelle, statuant sur le pourvoi formé contre cet arrêt, le 21 Mars 1918, l'a rejeté, déclarant que « l'annulation n'avait pas eu pour effet de modifier la nature de l'acte administratif annulé et de transformer en faits personnels les faits administratifs accomplis pour son exécution avant le moment où l'annulation a été prononcée. » (3).

La même solution a été admise par la chambre des requêtes, dans la même affaire. Divisant ses procédures, Monpillié avait, pour partie des faits, assigné le Maire et la ville de Bordeaux devant le Tribunal Civil. Celui-ci s'était déclaré incompétent, par jugement du 15 Mars 1915, confirmé par la Cour de Bordeaux (chambre civile) le 21 Juin 1915. La chambre des requêtes, saisie à son tour, a rejeté le pourvoi. Req. 5 Juin 1918. D. 21.1.43, note Appleton. S. 18.19.1.209, note Mestre, en déclarant que les mesures incriminées « ne laissaient apparaître, ni à la charge du Maire, qui

---

(1) C. E. 2 juin 1916. Monpillié. Annulation fondée sur ce qu'il avait été pris, sans que le conseil départemental d'hygiène et la commission sanitaire aient été consultés, en contravention des dispositions de la loi du 15 février 1902. Monpillié se plaignait que des viandes non estampillées aient été à de nombreuses reprises, saisies à son étal et transportées au poste d'inspection sanitaire.

(2) Bordeaux, 19 juin 1917. S. 18.19.2.1. Note Duguit. D. 1921.1.42. Note Appleton.

(3) Cr. 21 mars 18. S. 18-19.1.17, note Duguit. D. 21.1.43, note Appleton.

les a ordonnées, ni à la charge du commissaire contral, qui les a dirigées, aucune faute personnelle se détachant de leurs fonctions et pouvant, en dehors de l'appréciation même de l'acte administratif, être retenue par la juridiction civile. »

F. — *L'annulation ne fait pas même nécessairement de l'acte une faute de service*

La question de l'annulation de l'acte administratif incriminé ne soulève pas seulement celle de la faute du fonctionnaire, elle soulève également celle — combien importante en pratique — de la faute de service. A défaut de constituer une faute personnelle, l'acte administratif annulé constitue-t-il *nécessairement* une faute de service ? Ici encore, il faut répondre négativement.

L'annulation d'un acte administratif n'a pas pour conséquence nécessaire d'engager la responsabilité du service. On peut citer en ce sens Monpillié c/ Ville de Bordeaux. C. E. 4 novembre 1921. Rec. 903. Gaillard. 26 avril 1918. S. 20.3.49. Note Hauriou. Cette solution est d'ailleurs contestée par Duguit (Traité t. III, p. 462. Cité Delbez. R. D. P. 1932. p. 450) pour qui, lorsque le fait considéré est un acte juridique, « la faute consiste essentiellement et exclusivement dans la violation de la loi. » (Cf. Hauriou. Note précitée au S. 20.3.49).

Au surplus, il va de soi que si tout acte convaincu de nullité n'est pas, de ce seul fait, une faute de service, il peut fort bien présenter ce caractère. On a cherché à établir une classification systématique des espèces où l'illégalité a été considérée comme entraînant par elle-même faute de service. On a proposé la classification suivante. Il y aura faute de service :

1° Très généralement quand l'annulation est prononcée pour violation de la loi et toujours quand il y aura violation de la chose jugée. Toesca. C. E. 8 août 1919. Conc. Corneille, Rec. 740. Abbé Hardel, 12 juin 1914, Rec. 700;

2° En cas d'incompétence ratione materiæ, spécialement s'il y a eu exécution d'office. Société Maggi. C. E. 18 janvier 1924. Rec. 61;

3° En cas de détournement de pouvoir (Duez. Resp. puiss. publ., p. 26), Olivier - Zimmermann (C. E., 17 février 1903. S. 05.3.17, Note Hauriou), Ville de Cannes c/ Rabi. C. E. 8 juin 17. S. 20.3.1. Note Hauriou. Poncet. C. E. 4 mars 1921, Rec. 248, et spécialement si le détournement de pouvoir a eu lieu dans un intérêt fiscal (Laumonnier-Carriol précité, 5 décembre 1879).

Au contraire, en cas d'incompétence « formelle ou de vice de forme, le Conseil d'Etat n'accorde pas, en thèse générale, d'indemnité, car les règles violées sont en principe relativement peu importantes » et la faute du service étant légère, l'administré doit supporter des dommages pratiquement inévitables (1).

II

APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES

Il ne reste plus maintenant qu'à faire une revue des espèces les plus marquantes où la jurisprudence a relevé, soit une faute administrative ou de service, soit une faute personnelle.

---

(1) Analyse de l'étude de M. Delbez. R. D. P. 1932, pp. 441 et s. De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité.

Nous les grouperons sous un certain nombre de chefs, en suivant, autant que possible, la progression des dates, afin de mettre en évidence, là où elle existe, l'évolution des solutions.

I. — ATTEINTE A LA LIBERTÉ

Par deux arrêts du 3 août 1874, Valentin c/ Haas (D. 1876.1.297), et du 8 février 1876 (Labadie c/ Gaillardon (D. 1876.1.296), la Cour de Cassation a relevé une faute personnelle dans l'acte d'un préfet qui fait arrêter et détenir illégalement un individu, sans se conformer aux dispositions du Code d'Instruction Criminelle.

Par arrêts du 28 janvier 1904, Demoiselle Faure (D. 1904.2.323), et du 11 juillet 1904, Demoiselle Reveillas (S. 1906.2.6), la Cour de Lyon et la Cour de Bordeaux ont jugé qu'il y avait faute personnelle, dans une arrestation abusivement opérée par les agents du service des mœurs. « Considérant qu'aux termes de l'art. 114 du Code Pénal tout agent ou préposé du Gouvernement qui aura ordonné un fait ou un acte attentoire à la liberté individuelle sera puni... qu'un acte dont la loi a fait un crime ne peut revêtir le caractère administratif... que l'arrestation et la détention étant d'ordre judiciaire, c'est aux tribunaux judiciaires qu'il appartient de rechercher et de dire si l'arrestation opérée a été légale ou arbitraire. (Lyon, précité).

La même solution a été donnée par le Conseil d'Etat, Demoiselle Ginière, 5 février 1904, Rec. p. 88, dans une espèce identique. L'arrêt rejette la demande d'indemnité formée contre l'Etat, « considérant qu'à raison des circonstances de l'affaire, si la requérante se croyait fondée à soutenir qu'elle a été victime d'une

arrestation arbitraire et d'un retard injustifié apporté à sa mise en liberté, ce n'est pas à l'Etat et devant la juridiction administrative qu'elle doit porter son action. »

Par contre, il a été jugé qu'il y avait fait de service ne se « détachant pas de l'exercice de la fonction » dans l'acte du préposé au transport des aliénés qui procède à l'internement d'une personne en exécution d'un arrêté pris à tort par le préfet (art. 6, loi du 30 juin 1838) (1). Préfet de l'Aude c/ Vié. Cass. 16 novembre 1908. D. 1910.1.423.

La Cour de Cassation s'est également refusée à voir une faute dans l'acte par lequel le Préfet de Police, saisi d'une lettre de menaces dirigée contre un tiers, fait interdire par ses agents à l'auteur de la lettre l'entrée d'une séance académique et prétend le contraindre à rentrer à son domicile (Demoiselle Abraham,

(1) L'application de cette loi a donné lieu à des abus assez nombreux dont certains de date toute récente. Rappelons à ce propos qu'aux termes mêmes de la jurisprudence du Conseil d'Etat, « l'autorité judiciaire est seule compétente pour apprécier la nécessité de la mesure d'internement ordonnée par le préfet, et les conséquences qui peuvent en résulter ». C. E. Duluguet, 26 déc. 1923. G. P. 1924.1.287 et note. C. E. 9 juil. 1929. Demoiselle Chazal. Rec. 705, note. Cette compétence ne fait pas obstacle au droit du Conseil d'Etat, saisi pour excès de pouvoir, de juger la « régularité » de l'arrêté ; seul droit qui lui appartienne en cette matière. Même arrêt, et C. E. 21 juillet 1911. 12 janvier 1912. D. 1913.3.131. Les tribunaux judiciaires peuvent toujours ordonner la sortie immédiate de l'interné. (Loi de 1838, art. 29 et s.) C. E. 16 déc. 1881. S. 83.3.41. D. 83.3.25, et arrêts de 1911 et 1913 précités. Ils peuvent apprécier les conséquences dommageables d'un internement injustifié (Duluguet) et note à G. P. 1924.1.287 précitée. Cependant, ils ne semblent pas portés à le faire. Seine. 28 déc. 1899. G. P. 1900.1.161 et note. Paris. 13 mars 1901. G. P. 1901.

dite Verlain, c/ Hanotaux et Lépine. Req. 3 nov. 1924. D. 25.1.33, et note de M. Henry). Solution irréprochable si l'on accepte, comme la Cour de Cassation, sans contrôle (1) la « constatation » du juge d'appel, que les menaces étaient des « menaces de mort » et des « résolutions » dont évidemment la police administrative avait le devoir et le droit d'empêcher par tous moyens l'exécution (2); — Solution douteuse si l'on se reporte aux circonstances de la cause qui justifiaient, estime l'annotateur du Dalloz, une condamnation de principe.

La jurisprudence s'est même refusée à voir une faute de service (C.E., 17 juin 1921. Dlle Duplan c/ commune de la Teste. Rec. 594) dans l'application irrégulière faite à une personne du règlement de la police des mœurs, les circonstances dans lesquelles cette application a été faite « n'étant pas de nature à engager la responsabilité de la commune ».

Le tribunal des conflits et la Cour de Cassation ont enfin décidé qu'il y avait acte de police judiciaire, de la compétence judiciaire, et soumis aux formes de la prise à partie dans l'arrestation d'un individu comme prévenu de coups et blessures (Confl. 9 déc. 1911. S. 1914.3.92 et note. — Robin c/ Deroche), dans l'arrestation par un commissaire de police de deux frères à l'égard desquels il n'existait aucun motif sérieux d'incrimination (Civ. 9 mars 1914 — Delavergne c/ Gamare. D. 19.1.19. S. 14.1.431 et note).

---

(1) Dans l'espèce actuelle, la Cour de Cassation n'a pas cru devoir revenir sur l'appréciation des faits contenue à l'arrêt de la Cour d'Appel qui lui était déféré. Il est exact que la Cour de Cassation n'a pas à connaître des faits ; encore faut-il qu'ils ne soient pas dénaturés. V. note Henry au Dall. *loc cit.*

(2) Sur ce point, voir la note précitée de M. Henry.

Cette dernière décision — si l'on accepte l'extension de la prise à partie aux officiers de police judiciaire — est juridiquement exacte, mais rigoureuse au regard des circonstances de fait retenues par l'arrêt cassé.

Dans l'ensemble, la jurisprudence en matière de liberté individuelle apparaît plus soucieuse de protéger les agents et les deniers des caisses publiques que de garantir les citoyens contre les abus possibles.

II. — ATTEINTE A LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE ET DES CULTES

La jurisprudence a eu souvent à se prononcer en cette matière, tant sur des recours en annulation, que sur des actions en responsabilité dirigés, soit contre des maires, soit contre des communes (1).

Le tribunal des conflits a vu une voie de fait et, par suite, une faute personnelle dans l'acte du maire qui, en dehors de tout usage local, donne à l'agent municipal l'ordre de sonner les cloches de l'Eglise à l'occasion d'un enterrement civil, « un tel acte ne pouvant être considéré comme rentrant dans le cercle de ses

---

(1) V. s. cette question, HAURIOU. Précis. 11e édit. p. 542 et s. et note (1) p. 542. BONNARD. Note au S. 31.3.41 sous C. E. 9 janvier 1931. — Abbé CADEL *et renvois*. — Conclusion PICHAT. ss. C. E. 12 juillet 1912. S. 13.3.169, add. C. E. 4 juillet 1924. — Abbé GUERLE. D. 24.3.48, annulation pour excès de pouvoir d'un arrêté municipal interdisant le dépôt de croix, emblèmes religieux et autres, sur le monument aux morts. — Comme exemple de recours en annulation de l'ordre verbal de sonner les cloches. Abbé BRUANT. C. E. 8 juil. 1910. S. 1910. 3.132. Le maire avait ordonné la sonnerie pour annoncer le décès d'un habitant qui s'était suicidé.

attributions parce qu'accompli en dehors des circonstances limitativement énumérées à l'art. 51 du règlement d'administration publique du 16 mars 1906 », et sans avoir été précédé « de l'arrêté municipal de la loi du 9 décembre 1905 et de l'art. 50 du règlement précité. » (2) (Confl. Abbé Piment. 22 avril 1910. D. 1911.3.41. S. 1910.3.129, note Hauriou. — Abbé Mignon. Confl. 4 juin 1910. D. 11.3.42. — Abbé Thiney. Confl. 29 janvier 1916. Rec. 52). Le Conseil d'Etat, saisi d'une action en dommages-intérêts dirigée contre une commune pour des faits identiques, a admis la responsabilité de la commune pour fait de service (C. E. 12 juillet 1912. Perpère. S. 13.3.169, conclusions Pichat. 26 mars 1924. Rec. p. 328. Abbé Beretti) (1).

Le Conseil d'Etat, statuant sur un recours en annulation dirigé contre l'ordre verbal donné par le maire

---

(1) A l'égard du sonneur, l'arrêté de conflit a été validé. « Attendu qu'il n'a fait qu'exécuter, en tant qu'agent communal, les ordres donnés par le maire, et qu'il n'est relevé contre lui aucune faute personnelle se détachant de sa fonction ». (Abbé Piment).

(2) Dans les trois espèces citées où le tribunal des conflits a relevé un fait personnel, l'ordre du maire avait été donné alors qu'il n'existait aucun arrêté municipal réglant les sonneries de cloches. Les motifs des arrêts retiennent cette circonstance comme déterminante. Dans l'arrêt Perpère, cet arrêté municipal existait. Cette circonstance est relevée aux considérants et visée par le commissaire du gouvernement dans ses conclusions. Hauriou (IIe éd. p. 542, note) rattache à ce fait la différence d'appréciation des fautes. On peut hésiter cependant. Dans l'espèce Beretti, il semble bien qu'il n'y eût aucun arrêté municipal, et cependant le Conseil d'Etat a admis le fait de service. Comme espèce, où la faute de service a été réconnue malgré la faute évidente du fonctionnaire : Delpech-Salgues, C. E. 20 janv. 1911. S. 11.3.138, note Hauriou.

de porter un noyé dans une église, semble y avoir reconnu un fait personnel (C. E. 9 janvier 1931. S. 31.3.41, note Bonnard. D. H. 31.86. Abbé Cadel) (1).

La jurisprudence judiciaire a vu de même une faute personnelle dans l'acte du maire qui fait sonner les cloches le 12 mai 1924, à l'occasion des élections législatives. (Tr. Civ. de Jonzac. 3 déc. 1924. Houeix c/ Chassot. G. P. 30 janvier 1925) ou qui s'empare d'un brancard faisant partie du mobilier cultuel et destiné au transport des corps — 2 espèces (Abbé Latourasse c/ Vivien. Abbé Latourasse c/ Peisot. 1r. Civ. de Ruffec, 11 février 1925. D. H. 1925. 403).

Elle a retenu comme faute engageant sa responsabilité personnelle, le fait du maire qui s'oppose à ce qu'un suicidé, à qui la sépulture religieuse a été refusée, soit inhumé au même rang que les autres personnes, et interdit l'inhumation ailleurs que dans la partie du cimetière anciennement réservée aux personnes privées de sépulture religieuse, et communément appelée « le coin aux chiens. » (C. de Rennes. 13 décembre 1904. S. 1905.2.76. Le Portz c/ Cadiou).

---

(1) « Considérant que le Ministre soutient que ledit ordre aurait le caractère d'un fait personnel et relèverait dès lors uniquement de la compétence du tribunal civil ; — cons. que l'ordre verbal donné par le maire constituerait, quel que fût son caractère une décision prise par une autorité administrative ». Annulation prononcée. Sur l'annulation pour excès de pouvoir d'ordres verbaux. C. E. 8 juillet 1900. S. 09.3.1 note Hauriou, Alibert, *Contrôle Juridictionnel adm.* p. 94, add. note Bonnard, précitée.

III. — ATTEINTE A LA PROPRIÉTÉ

Il appartient à l'autorité administrative d'interpréter l'arrêté préfectoral ordonnant la démolition d'une maison menaçant ruine et de préciser si l'agent-voyer, chargé de l'exécution de cet arrêté, a procédé à des actes de destruction inutile (Lecoq c/ Louis. Confl. 29 juillet 1876. S. 78.2.309).

Constitue un fait personnel la destruction, par ordre d'un maire, de la clôture établie par un particulier titulaire d'une concession sur le rivage de la mer « attendu que ce fait constitue le délit de bris de clôture (pén. 456), qu'il ne pourrait perdre de ce caractère qu'autant qu'il aurait été l'exécution administrative d'une mesure ou d'une décision légalement prise... » (Voisin. Cass. Cr. 14 février 1902. D. 1903.1.102 et note); ...la démolition du mur bordant un ruisseau, à laquelle le maire a fait procéder d'office, en exécution d'un arrêté municipal pris la veille, « cette mesure ne rentrant ni dans la police municipale, ni dans la police des eaux... » (Montlaur et Mary c/ Balmigère et commune de Tournissan. Confl. 24 déc. 1904. D. 1906.3.58). Ce dernier arrêt mérite une observation particulière. Après avoir relevé que « l'initiative du maire constitue un fait purement personnel que l'autorité judiciaire est compétente pour apprécier », il ajoute « que cette autorité est également compétente pour statuer, à l'égard de la commune, sur les conséquences de l'atteinte qui aurait été portée à la propriété ou à la possession du demandeur ». Nous rencontrons pour la première fois le cumul d'une action contre l'agent et d'une action contre le service, implicitement admis malgré la faute personnelle du premier. Cette question du cumul, très importante, sera étudiée plus loin.

A rapprocher de ces décisions : Zimmermann (Conseil d'Etat. 27 Février 1903. Lebon, 1903. 178. S. 1905.3.17, note Hauriou).

IV. — DIFFAMATION ET INJURES

La première espèce que nous rencontrons est célèbre dans les fastes du droit administratif sous le nom d'affaire du Bulletin des Communes. Un ancien député, M. Viette, prétendait avoir été diffamé par un article inséré dans le « Bulletin des Communes » du 6 juillet 1877. Cet article, qui donnait le compte rendu d'une revue passée par le Maréchal de Mac-Mahon, Président de la République, avait, à cette occasion, formulé des appréciations blessantes sur les membres de la majorité de la Chambre qui venait d'être dissoute. M. Viette, en conséquence, avait assigné devant le tribunal correctionnel de Montbéliard, MM. Pougin et Dalloz, imprimeurs et éditeurs du « Bulletin des Communes », en 20.000 francs de dommages-intérêts, et M. de Fourtou, ministre de l'Intérieur, comme responsable des condamnations qui seraient prononcées contre MM. Pougin et Dalloz. Le Préfet du Doubs ayant proposé un déclinatoire, le tribunal, par jugement du 8 septembre 1877, déclara, en ce qui concernait le ministre, qu'il échappait à la juridiction des tribunaux ordinaires pour tous les actes accomplis en sa qualité (loi du 25 février 1875, art. 6; loi du 24 février 1875, art. 9; loi du 16 juillet 1875, art. 12); mais à l'égard des éditeurs et imprimeurs, que n'étant liés au ministre par aucun lien hiérarchique, les actes ou délits qu'ils avaient pu commettre restaient soumis à son appréciation, comme accomplis par de simples particuliers. Tout en affirmant

sa compétence, le tribunal repoussait cette thèse du demandeur; que la loi du 27 décembre 1871, en assignant au « Bulletin des Communes » la publication des « lois, décrets et instructions du Gouvernement reproduits textuellement ou par analyse et, dans la mesure du possible, des travaux de l'Assemblée Nationale », avait ainsi limitativement fixé l'objet administratif de cette publication, et que tout ce qui pouvait y figurer d'autre était sans caractère officiel et engageait la responsabilité de ceux qui l'avaient inséré ou publié. « En face d'un acte qualifié administratif, déclarait ce tribunal, les juges doivent se borner à rechercher s'il émane d'un fonctionnaire public, agissant à ce titre, et rentre dans les attributions que lui donne la loi; ces conditions, une fois reconnues, l'acte a le caractère administratif, et échappe, dans un tout indivisible, à leur examen. » ...« ces principes appliqués à l'espèce entraînent l'incompétence du tribunal, non seulement sur ce que le demandeur appelle la partie officielle du « Bulletin des Communes », mais sur son ensemble, qui constitue l'expression indivisible d'un acte administratif. » (S. 79.2.309).

Ce jugement, bien intentionné sans doute, confondait les deux garanties distinguées à l'arrêt Pelletier. En logique, il eût dû porter une déclaration d'incompétence sur le tout.

Le conflit ayant été élevé, en ce qui concernait MM. Pougin et Dalloz, à l'audience du tribunal des conflits, M. Charrins, commissaire du Gouvernement, conclut à son invalidation. Il ne s'arrêta point au caractère de simples particuliers présenté par les seules parties restées à la cause (garantie personnelle), mais reprenant la distinction faite devant les premiers juges entre la partie officielle et la partie non officielle du « Bulletin », il déclara que le compte rendu incriminé paru dans cette dernière ne pouvait constituer un acte

administratif (garantie réelle) et que, par suite, Pougin et Dalloz, auxquels il était loisible d'en refuser la publication, devaient en assumer la responsabilité.

Cette thèse fut repoussée par le tribunal des conflits qui, le 29 décembre 1877, annula le jugement parce que : « en publiant le « Bulletin des Communes » dont il s'agit, les défendeurs n'avaient fait que se conformer aux instructions de l'administration... que les passages du compte rendu qui faisaient l'objet de la plainte du sieur Viette ne pouvaient être détachés de cette publication officielle avec laquelle ils se confondaient pour être considérés et appréciés isolément ; que l'illégalité et l'excès de pouvoir reprochés à l'acte du ministre, lors même qu'ils seraient reconnus par l'autorité administrative, seule compétente à cet effet, ne sauraient enlever à la publication de ce compte rendu le caractère d'un acte d'administration et n'auraient pas pour effet nécessaire de le faire dégénérer en fait personnel distinct... dont il appartiendrait à l'autorité judiciaire de connaître, que l'action du sieur Viette était en réalité dirigée contre l'acte de l'administration dans la personne des sieurs Dalloz et Pougin... ».

Nous retrouvons la même doctrine, presque les mêmes termes que ceux de l'affaire Laumonnier-Carriol. On voit combien elle est dangereuse si, malgré l'exactitude de son principe initial, on ne lui donne pas cette limitation qu'exige le respect des droits individuels.

Elle n'aboutit à rien moins qu'à l'omnipotence administrative. En tout cas, l'émotion soulevée par cet arrêt fut considérable. Elle se traduisit par le dépôt sur le bureau des Chambres de projets de loi sur la responsabilité des fonctionnaires, que nous examinerons plus tard.

Une décision identique, dans une espèce identique, fut rendue par la Cour de Bourges le 11 février 1878. Girard c/ Gourdet (D. 1880.1.105).

Par contre, le tribunal des conflits a vu un fait personnel dans l'acte du maire qui laisse insérer dans une délibération du Conseil Municipal, des qualifications outrageantes et des imputations de détournement de deniers publics (Anduze. Confl. 13 décembre 1879. Lebon, p. 806); dans le fait du préfet qui, par une lettre rendue publique, accuse des personnes d'avoir pris des permis de chasse hors de la commune où elles sont domiciliées pour priver cette commune des ressources destinées à des indigents (de Rubelles. Confl. 11 déc. 1880. D. 82.3.58); dans le fait du maire qui lit en séance du Conseil Municipal un rapport de police diffamatoire envers un particulier, le fait insérer au procès-verbal et communique ce procès-verbal aux journaux qui l'ont publié (Bérauld c/ Maire de Cognac. Confl. 22 mars 1885. D. 85.3.118); dans la publicité insolite (par crieur et affiches) donnée aux motifs de radiation d'un électeur de la liste électorale (Lalande. Confl. 4 déc. 1897. S. 99.3.95. Lebon. 97. p. 759).

La Cour de Cassation a de même considéré comme fait personnel l'insertion d'imputations calomnieuses dans un arrêté municipal « leur appréciation n'impliquant en soi l'examen d'aucun acte administratif » (Cancalon. Req. 7 juillet 1880. D. 82.1.72); l'insertion d'injures dans un arrêté municipal et dans une correspondance injurieuse adressée au préfet, au sous-préfet et au procureur de la République (Picquet. Cr. 19 mars 1885. D. 85.1.426). (Dans cette dernière espèce, les personnes outragées étaient les magistrats destinataires des lettres.)

La Cour de Cassation avait jugé que le maire, président du bureau de vote, qui refuse le bulletin d'un électeur en lui disant : « Vous ne votez pas, vous, allez voter où vous voudrez; ici, vous ne votez pas » « accomplit un acte de sa fonction »; mais que ce maire, en publiant les motifs de radiation de cet électeur de la

liste électorale s'était écarté « de l'objet légitime de la publication du tableau » et, partant, avait commis une faute personnelle, dont les instructions de l'autorité supérieure pourraient seulement, « le cas échéant, exclure l'intention délictueuse » sans lui donner pour cela « le caractère d'un acte administratif » (Cr. 20 fév. 1896. S. 96.1.473. Loumagne c/ Daure). Sur le renvoi qu'ordonnait cet arrêt devant la Cour d'Agen, le conflit fut élevé. Le tribunal des conflits (26 juin 1897. S. 99.3.69) annula la procédure; « le sieur Daure ayant agi dans l'exercice de ses fonctions de maire et en conformité des mesures prescrites tant par le décret de convocation des électeurs que par l'arrêté du préfet du département de la Haute-Garonne... pour assurer l'exécution du décret du 2 février 1852... Ces décisions ont été très diversement appréciées (Berthelémy. *Revue générale d'Administration.* 1898. T. 1, p. 1 et s. Note anonyme au Sirey. 99.3.69. Note de Perreau. S. 96.1.473). Le même jour, le tribunal des conflits rendait un arrêt identique (affaire Préfet Haute-Garonne c/ Estabe : Lebon. 97, p. 499).

Le 10 mars 1903, la Cour de Cassation a refusé de voir une faute personnelle dans l'affichage insolite de la décision de rejet d'une commission de révision de listes électorales « parce qu'il paraissait impossible de diviser l'acte du maire de Gargenville et d'y relever une faute de droit commun » (S. 1903.1.455). Mais le tribunal des conflits a vu cette faute dans l'affichage d'une dépêche contenant les causes de radiation d'un électeur d'une liste électorale, le maire n'ayant pas agi « pour l'exécution de la loi » (Gérard c/ Morel. Confl 11 décembre 1909. Lebon. 1909. p. 983), et la Cour de Cassation elle-même, dans la publication, par un maire, en dehors de toute période de révision des listes électorales, du bulletin à lui transmis par l'autorité supé-

rieure portant les condamnations d'un individu qu'il s'agissait de radier (Lasserre c/ Laplace. Cass. cr., 20 déc. 1906. Pau. 4 nov. 1905. S. 07.1.157).

Ont été de même considérés comme fait personnel :

Le fait de l'inspecteur des contributions indirectes qui, procédant à la vérification d'un entrepôt de tabacs, constate des irrégularités, en accuse le garçon distributeur et le traite de voleur, cet acte « se détachant nettement de la fonction administrative (Carbonel, 23 juillet 1909. Rec. 726).

Les imputations diffamatoires proférées par un maire contre des instituteurs au sein du Conseil Municipal et consignées dans les délibérations de ce Conseil, et les plaintes adressées aux autorités académiques dont la fausseté a été reconnue par cette autorité, leur appréciation ne supposant l'appréciation d'aucun acte administratif, et ces imputations ne touchant pas au fonctionnement d'un service public (Civ., 25 mai 1914 — Commune de Garros c/ Epoux Menou S. 16.1.66).

L'accusation portée par un receveur des postes contre un employé d'avoir dérobé un registre de mandats, alors qu'il n'avait aucune preuve de sa culpabilité et sans que l'enquête ait rien révélé à cet égard, « ce fait constituant une faute lourde au sens de l'art. 1382. Civ. » (Dame Vve Gérome c/ Gerbault. Confl. 9 mai 1908. Lebon. 1908, 501, note).

V. — DÉNONCIATIONS ABUSIVES

Des faits de diffamation, on peut rapprocher ceux de dénonciation abusive.

En cette matière, la jurisprudence admet très facilement le fait de service. Dénonciation faite au Pro-

cureur de la République par un ingénieur des Ponts et Chaussées contre l'agent d'un fournisseur d'avoir employé des pièces métalliques refusées dans une construction qui s'est écroulée, alors que cette dénonciation, fondée sur une vérification insuffisante, a amené l'arrestation de la personne désignée pendant dix jours. « La vérification étant un acte des fonctions et la transmission au ministère public de ses résultats ne suffisant pas pour « établir l'existence d'une faute personnelle » (Coley c/ Tresca. Confl. 31 juillet 1886. S. 88.3.30. Rec. 689). — Rapport fait par un commissaire spécial au ministre de l'Intérieur sur un magistrat qu'il accuse de fréquenter les salles de jeu (Italiani. Confl. 14 mai 1923. G. P. 23 sept.), cet acte étant accompli dans l'exercice de ses fonctions.

Cependant, le tribunal des conflits a considéré comme une « faute personnelle, distincte de tout acte administratif », celle du sous-préfet qui accuse à la légère un employé d'avoir soustrait le chiffre des dépêches et, par sa plainte, entraîne des perquisitions chez celui-ci (Confl., 26 juil. 1911. S. 14.3.53 ; Dame Coutareau c/ Gillet).

VI. — ENTRAVE A LA LIBERTÉ D'AFFICHAGE EN MATIÈRE ELECTORALE ET LACERATION D'AFFICHES

Trois arrêts de la Cour de Rennes, du 31 décembre 1878 (Pério et Gouin c/ Goullin, Maurice et Ouïsse c/ Goullin, Cadou c/ Goullin) (D. 1879.2.101) ont admis que le maire qui, sur l'ordre du préfet de placarder des affiches au nom du candidat officiel, le fait de telle sorte qu'elles recouvrent les affiches de son concurrent,

ne commet point « un acte personnel, mais un acte d'administration plus ou moins régulier, dont les tribunaux judiciaires ne peuvent apprécier la légalité » soit « qu'il ait exécuté les ordres du préfet », soit « qu'il ait agi comme magistrat municipal faisant acte de police municipale en matière d'affichage sur les bâtiments communaux. » Ces arrêts, approuvés par Laferrière, ont été critiqués par Féraud-Giraud (code de la séparation des pouvoirs, t. I, p. 362). L'arrêt Cadou c/ Goullin a été cassé par la chambre civile de la Cour de Cassation le 10 décembre 1879. D. 1880.1.33, le fait incriminé étant « détachable de l'affichage à l'occasion duquel il avait été accompli. »

Le 15 février 1890 (Vincent et Fosse c/ Bourgeois et Thomas. D. 91.3.32), le tribunal des conflits a jugé qu'il y avait faute personnelle dans l'acte du sous-préfet qui fait lacérer des affiches électorales, ce fait étant prévu spécialement à l'art. 17 de la loi du 29 juillet 1881, et l'acte « ainsi interdit aux fonctionnaires par une prohibition formelle de la loi pénale, ne pouvant, alors même qu'il aurait été accompli sur les ordres du ministre de l'Intérieur, revêtir le caractère, ni d'un acte administratif, ni d'un acte du gouvernement ».

La Cour de Cassation, par arrêt du 9 mars 1914 (Ch. civ. de Lajudie c/ Pomarède, Baudot et Fournier, D. 1919.1.32) a confirmé cette jurisprudence, « la lacération et la saisie d'affiches étant interdites par la loi et ne pouvant pas porter sur un objet d'administration, ne constituant que des atteintes à la propriété privée qu'un arrêté illégal ne saurait couvrir. »

VII. — REFUS D'UN SERVICE LÉGALEMENT DU (1)

La jurisprudence se montre, dans sa tendance générale, très protectrice du fonctionnaire.

Il a été jugé par le tribunal des conflits (aff. de Parcevaux, 23 novembre 1878) que, ni le préfet qui interdit à tort au greffier du Conseil de Préfecture de communiquer à un conseiller municipal plaidant sur son élection, l'expédition de l'enquête à laquelle il a été procédé, ni le greffier qui a exécuté cet ordre de refus, n'engagent leur responsabilité personnelle, l'ordre donné par le préfet étant un acte administratif accompli dans le cercle de ses attributions (Féraud-Giraud, op. cit., p. 371). Que le refus par un maire de légaliser immédiatement les signatures d'une pétition à adresser aux chambres législatives constituait un fait administratif (Bernard de la Frégolière. Confl., 13 déc. 1879. Lebon. 79, p. 808).

En matière d'ouverture d'école, le tribunal des conflits a considéré que le refus opposé à tort par le maire de recevoir la déclaration d'ouverture d'une école libre prévue aux art. 27 et 28 de la loi du 15 mars 1850, ayant été formé dans l'exercice des attributions de l'autorité municipale « ne constituait pas par lui-même une faute personnelle, dont il appartiendrait à l'autorité judiciaire de connaître. » (Marty c/ Cazals. Confl. 11 déc. 1880. D. 1882. 3. 56 et 57).

---

(1) V. la longue note d'HAURIOU, Précis 1927, p. 342 et s. note 2.

Cette décision est inacceptable. Là où la loi limite le rôle du fonctionnaire à une simple tâche d'enregistrement, elle a, de ce fait, privé l'administration et ses agents de tout pouvoir d'appréciation. Dès lors, il y a droit certain pour le particulier à réclamer l'accomplissement de la formalité, et pour le fonctionnaire obligation correspondante et non moins certaine de l'accomplir. Dans ces conditions, tout refus de fournir la constatation demandée, si la demande est régulière, doit être considéré comme une faute personnelle. La solution contraire conduit — et peut-être est-ce le résultat voulu par la jurisprudence — à remettre à l'administration active ou juridictionnelle un pouvoir d'appréciation dont elle est précisément privée par la loi (voir la note sous l'arrêt).

Tout aussi critiquable est la série des décisions intervenues en matière de colportage et de presse. Il n'y a point faute personnelle, d'après le tribunal des conflits, dans l'acte du préfet qui, réservant l'autorisation de colportage aux porteurs de listes dont sont exclus certains journaux, arrive ainsi à empêcher la vente de ces journaux (loi du 27 juillet 1849, art. 6. Loi du 29 déc. 1875, art. 3) Hébrard et de Roussen c/ de Jolly (Confl. 12 janvier 1878. S. 1879.2.344). Camoin c/ Blanchard. Buisson c/ Guédon, de Roussen c/ Lavauden, de Roussen et About c/ de Biaucourt, les mêmes c/ Ryliès (Confl. 29 déc. 1877. S. 79.2.312) et autres affaires identiques. Le tribunal des conflits a considéré cet acte comme accompli par le préfet dans la limite de ses attributions; en réalité, il constituait une atteinte à la liberté de la presse par détournement de pouvoirs et fraude à la loi (1).

(1) L'opinion exprimée au texte peut invoquer l'autorité de Laferrière, Commissaire du Gouvernement dans l'une de ces affaires, il conclut à la faute personnelle. Cette apprécia-

La question s'est à nouveau présentée dans des circonstances presque identiques en 1881 (Cunéo d'Ornano c/ Raballet. Confl. 21 mai 1881. D. 82.3.57). Elle a été résolue de la même façon. Un maire avait refusé de délivrer récépissé à un vendeur de la déclaration qu'il avait faite conformément à l'art. 1er, § 2, de la loi du 17 juin 1880, de son intention de vendre un journal, « Le Napoléon ». Le conflit, qui avait été élevé sur les poursuites engagées contre le maire, a été validé. « Considérant, dit l'arrêt, que c'est en qualité d'agent du pouvoir central que le maire est chargé de délivrer ce récépissé... que, dès lors, sa décision, soit qu'il le délivre, soit qu'il en ajourne la délivrance, constitue un acte d'administration dont les tribunaux civils ne peuvent apprécier la légalité ». La note au Dalloz a fait de cet arrêt une exacte appréciation. Porté à la connaissance de la Chambre, alors que se discutait la loi de 1881 sur la presse, il a du moins eu l'avantage de provoquer cette déclaration que, sous le régime de la loi nouvelle, le refus constaté du maire vaudrait autorisation au regard de la loi pénale, sans préjudice de la responsabilité personnelle de son auteur.

Dans des espèces ne présentant pas le même caractère politique, la jurisprudence s'est montrée un peu moins restrictive.

Ainsi, il a été jugé que le maire qui, après avoir refusé à l'un de ses administrés un certificat de vendanges, l'établit ensuite en réduisant arbitrairement et sans vérification sincère la quantité indiquée « commet

---

tion ne fut pas changée, écrit-il dans son traité, par la solution du Tr. des Confl. (*Jur. adm.* 1.651). Il faut noter que ces différentes espèces se rattachent à la crise politique du 16 mai 1877. V. Fuzier Hermann, Rep. V° Colportage, n° 163.

une faute caractérisée, distincte de l'acte administratif qui en a été l'occasion. » (Marcouf c/ Royer. Civ. 26 Mai 1897. D. 97.1.578).

Que le maire qui, non seulement refuse de légaliser les signatures portées sur un certificat que lui remet un administré en vue de la constitution d'un dossier pour la commission supérieure des bénéfices de guerre, mais appose sur ce certificat des annotations contraires à la vérité, commet de ce dernier chef une faute grave dont il doit réparation ; le refus de légalisation constituant un acte administratif (1) (2). (Jolibois c/ Recouvreur. Cour de Dijon. G.P. 20.21 Mars 1927, cité Commailles Mai 1927. N° 6.387).

Mais il a été décidé, en sens contraire, que le refus par un maire de délivrer un certificat de bonne vie et mœurs est un acte qui « considéré en lui-même et dans ses conséquences, échappe à l'appréciation de l'autorité judiciaire », alors que le poursuivant n'excipe « d'aucune circonstance d'où il résulterait que le fait reproché eût le caractère d'une faute personnelle se détachant d'un acte administratif. (Préfet de l'Aisne c/ Metivier. Conflits 26 Juin 1897. Rec. p. 499).

---

(1) Le Conseil d'Etat est parfois saisi de recours pour excès de pouvoir fondé sur le refus de légalisation. V° C. E. 16 janvier 1914. D. 19.3.11.

(2) Sur la faute que le maire peut commettre en légalisant imprudemment une signature. Voir, dans le sens de la faute de service. Lyon, Tribunal Civil, 21 nov. 1902. G. P. 1903.1.26, de la faute personnelle. Req. 20 janv. 1896. D. 96.1.572. Par arrêt du 24 juillet 1933. Banque Cromback. D. 33.3.51, note Monsarrat, le Conseil d'Etat a décidé que le maire, en légalisant les signatures, n'agissait pas comme représentant de la commune, et que dès lors, le tiers lésé par la faute commise en certifiant une signature dépourvue d'authenticité ne pouvait agir en responsabilité contre la commune.

Que, de même, échappe à la compétence des tribunaux judiciaires l'appréciation de refus d'un maire de délivrer un arrêté d'alignement. (Cass. 9 Mai 1893. Gorsse c/ Granier. D. 93.1.524 — Confl. 24 Déc. 1904. Soufflet c/ Macaine D. 1906.3.58).

Celle du refus par un maire de communiquer à des électeurs la copie des inscriptions et radiations opérées par la commission de révision des listes électorales « un tel acte rentrant dans les attributions du maire agissant comme agent du pouvoir central... et ne pouvant, en l'absence d'intention frauduleuse, tomber sous l'application de la loi du 30 Mars 1902. (Rouanet c/ Houlès et autres Civ. 30 Nov. 1914. D. 1917.1.92).

De même, encore, le tribunal des conflits n'a vu qu'un fait de service dans le refus d'un receveur buraliste de délivrer un acquit à caution (Chabirand, 3 Déc 1892. Lebon, 92 p. 864) « alors surtout que d'après l'administration ce refus était conforme aux règlements ».

VIII. — VIOLENCES

Constituent une faute personnelle, les coups de crosse et de baïonnette portés par des militaires à un particulier pour lui faire évacuer le champ de tir des troupes, « ces brutalités ne rentrant pas dans l'exécution des ordres qu'ils avaient reçus », et ces ordres eux-mêmes ne soulevant aucune question d'interprétation. (Dijon, 20 juillet 1894. S. 95.2.164, note. Gresler c/ de Hay-Durand et autres).

Les coups portés au poste de police à un chiffonnier, arrêté pour contravention, alors que ces coups ne peuvent être considérés « comme l'emploi de la force inhérent aux fonctions de police » et qu'ils sont sim-

plement « des actes de brutalité et de violence inutiles. » (Confl. 25 Février 1922. Rec. 185. Immarigeon c/ Perrin, Bouchard et Vachon).

De ces espèces, il faut rapprocher les décisions Ville de Paris c/ Bouchet. Cr. 15 Mars 1923. D. 23.1.137, note Appleton. S. 23.1.385 et Clef. C. E. 13 Mars 1925. D. 26.3.15, note anonyme. R. D. P. 25. Notes Jur. pp. 274 et s. S. 26.3.37 (1). Dans la première, les brutalités d'un gardien de la paix, dans la seconde, les brutalités de soldats cantonnés dans un poste, ont été considérées comme engageant la responsabilité de la Ville de Paris et de l'Etat. Mais la question de faute personnelle n'était pas posée, du moins directement, sous forme d'un action en responsabilité contre les auteurs des violences. Add. C. E. 18 mars 1932. Vve Guiraud c/ Ministre de la Guerre. S. 32.3.118. note D. H. 32.288 — (blessures mortelles faites par un garde mobile dont la précipitation et le manque de sang-froid constituent une faute grave susceptible d'engager la responsabilité du service). (2).

La Cour de Cassation (Civ. 3 Mars 1931 — Pottin c/ commune d'Etampes S. 31.1.216) a déclaré l'autorité judiciaire incompétente pour connaître de l'action dirigée par un sapeur-pompier contre un élève-clairon, qui l'avait blessé d'une pierre à l'œil, au cours d'un exercice, et contre la Ville d'Etampes. Fondée en ce qui concerne la commune, cette décision est critiquable — au moins dans ses termes — en ce qui concerne l'élève-clairon

(1) La première est examinée plus loin, avec la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de Cassation ; la seconde, à propos de la théorie du cumul.

(2) Dans une espèce voisine, le C. d'E. a refusé toute indemnité, la mort de la victime ayant été causée par la faute de celle-ci. Bettenbourg. C. E. 22 avril 1932. S. 32.1. 118. D. H. 32.352.

Henriot : « considérant, dit l'arrêt, que quelle que soit la nature de la faute imputée à l'agent de la commune, une pareille appréciation relève nécessairement de l'autorité administrative ». Cette formule est contraire à une jurisprudence bien établie.

Signalons enfin que le Conseil d'Etat se refuse à connaître des actions en responsabilité dirigées contre les services, lorsque les violences se rattachent à l'exercice de la police judiciaire, la connaissance en appartenant essentiellement à l'autorité judiciaire. (Volbert C. E. 29 Juillet 1927. Lebon, p. 863. — Blessures causées par un agent qui atteint un tiers en tirant sur un malfaiteur contre lequel est lancé un mandat d'arrêt).

IX. — REVOCATION DE FONCTIONNAIRES

La jurisprudence est unanime. Le fonctionnaire d'ordre supérieur qui révoque un inférieur accomplit un acte de sa nature administratif et qui échappe à l'appréciation des tribunaux judiciaires. (Ville de Marseille c/ de Bovis et autres. Cour d'Aix. 10 Déc. 1878. D. 79.2.163) (Colas c/ Tissier, C. de Bourges, 10 Février 1879. D. 79.2.164) (Ville d'Alais, Cour de Nîmes, 24 Février 1879, *ibid*).

Il en est de même des mesures d'exécution prises à l'occasion de cette révocation. (Cauvet, Confl. 1er Juin 1889. Lebon. 1889, p. 693. — Il s'agissait dans l'espèce d'un directeur de maison centrale qui avait obligé un commis aux écritures, révoqué par le Ministre, a déménager par une pluie battante au plus grand dommage de son mobilier).

X.— RESPONSABILITÉ DES FONCTIONNAIRES DES SERVICES TECHNIQUES

La jurisprudence paraît ici assez hésitante dans ses solutions.

A. — *Ponts et Chaussées — Service Vicinal*

Elle a refusé de voir une faute personnelle dans le défaut de surveillance d'un ingénieur et d'un conducteur des Ponts et Chaussées, qui aurait eu pour conséquence l'écroulement d'un pont. (Confl. 31 Juillet 1875. Pradines. Rec. p. 765, même solution, Coley. 31 Juillet 1886. Rec. p. 689). Dans le défaut de surveillance imputé à l'inspecteur général du service de la manutention de l'exposition de 1889, qui aurait eu pour conséquence l'accident survenu à un chauffeur sur une machine employée par l'administration (Mourot. Conf. 8 Août 1891. Rec. p. 621). Dans les fautes imputées à un cantonnier et à un agent-voyer cantonal, qui auraient entraîné un accident pour une personne se trouvant sur un chemin de grande communication, les circonstances de l'affaire ne faisant pas ressortir « que les faits reprochés aux sieurs X... aient constitué des fautes personnelles se détachant de l'exercice de leurs fonctions administratives » (Confl. 15 Décembre 1926 Gaillard. S. 28.3.4. note).

Elle a retenu, au contraire, une faute personnelle dans la négligence du cantonnier qui n'éclaire pas une tranchée ouverte, entraînant ainsi un accident mortel. (Provost c/ Cornu et Ville du Creusot. Confl. 2 Mai

1914. Rec. 531. v. note Appleton à D. 21.1.17). Dans la faute d'un agent-voyer, qui, chargé de diriger des travaux, « fait preuve de la plus grande incurie », néglige les mesures de précaution usitées en pareil cas, « s'abstient de se rendre sur le chantier qu'il a pour devoir de surveiller », alors que ces manquements ont pour conséquence l'effondrement d'un immeuble occasionnant la mort de deux personnes et des blessures à plusieurs autres. (Cr. 23 Mars 1917. S. 21.1.328).

Rappelons, pour mémoire, qu'en matière de travaux publics, la faute de l'agent entraîne toujours la responsabilité du service, en dehors de toute considération sur le cumul possible des fautes. (C. E. 26 Juillet 1929. Commune de Chailly-en-Bière. D. 30.3.1. note Appleton).

B. — *Postes-Télégraphes*

En ce qui concerne les agents des postes, la jurisprudence a varié selon les espèces, assez heureusement, semble-t-il. Elle a relevé un fait personnel dans le défaut de remise d'une dépêche à destination (Godard. Confl. 7 Juin 1873); dans l'erreur sur le destinataire lors de la remise d'une lettre (Rimbaud. Confl. 4 Juillet 1874. Lebon. 74. p. 644); dans l'omission de la remise d'une dépêche, à la suite d'une rixe entre employés 3 Janvier 1876. C. Cass. S. 76.1.113); dans le détournement par un employé des postes, des plans contenus dans un pli qui lui aurait été remis en vue d'être expédié (De Jourdan c/ Briquet. Conf. 12 Déc. 1908. S. 1911.3.32).

Moins stricte appréciatrice, elle a vu seulement un un fait de service, dans le retard apporté par suite d'une erreur à la remise d'une dépêche (Demoiselle Sureau. Confl. 24 Février 1906. S. 1908.3.61); dans

l'erreur sur le destinataire d'une lettre, consécutive a une modification de l'adresse opérée par le facteur lui-même « cette inscription n'étant pas, par elle-même, indicatrice d'une volonté malveillante », alors qu'il n'est argué contre l'agent « d'aucun sentiment d'hostilité envers le destinataire réel. » (Hevin. Confl. 8 Juin 1907. S. 1909.3.133); dans la remise faite par erreur à un autre que le destinataire d'une lettre recommandée, alors que l'on poursuit le receveur des postes comme personnellement responsable. (Martel c. Hernu Bertrand. C. Civ. 8 Juillet 1913. S. 1913.1.568); dans le défaut de réexpédition d'un télégramme dont le destinataire était absent, rappelant au surplus dans cette dernière espèce au demandeur qui avait eu la singulière idée d'agir en Conseil d'Etat à la fois contre les employés et contre l'Etat, que ce dernier était exonéré de toute responsabilité en matière de correspondance privée télégraphique, par la loi du 29 Novemrbe 1850 (Monilla c/ D. Sochoszicska. Huguet et l'Etat. C. E. 6 Mars 1914. S. 20.3.80. note anon.)

XI. — SERVICES MEDICAUX

La Cour de Cassation a relevé une faute personnelle dans la négligence caractérisée d'un médecin militaire qui entraîne la mort d'un malade par défaut de soins. Vve Fontenas c/ Bouché. Cass. 12 Juin 23 D. 26.1.232. note S. 24.1.23, note G.P. 31 Août 1923). Au contraire, elle a refusé ce caractère à une erreur de diagnostic, « les faits reprochés ne pouvant être détachés de la fonction, et constituer la faute personnelle justifiant la compétence judiciaire ». (Chiron c/ Sineau. Req. 20 Janvier 26. S. 26.1.101, note anon.)

Ces décisions semblent bien rendues.

Saisie d'une action pour brûlures radiologiques dirigée contre un pharmacien mobilisé qui prêtait son concours à un hôpital civil, la Cour de Cassation a déclaré l'autorité judiciaire incompétente pour prononcer sur la portée de son ordre d'affectation. (Lefèvre c/ Dme Laroque. Civ. 25 Juin 1923. S. 24.1.28) ce qui laisse à penser que l'espèce pouvait révéler à ses yeux le caractère d'une faute de service. (1)

XII. — IMPOSITIONS IRREGULIÈRES

Il existe en cette matière un texte spécial, l'article 94 de la loi du 15 Mai 1818 (1) que reproduit depuis cette époque, chaque année, la loi de finances, comme une formule de style. Ce texte en dehors des poursuites

---

(1) Sur la responsabilité médicale en droit commun. Voir Commaille note pratique, 20 mai 1934. La jurisprudence a décidé que l'administration de l'Assistance Publique n'exerçant ni autorité, ni contrôle sur les chirurgiens et médecins des hôpitaux en ce qui concerne la pratique de leur art, les dispositions de l'art. 1384 lui étaient inapplicables. (Dulud c/ Assis. Pub. Tr. Seine, 6 juillet 1906. D. 1906.5.71. Lyon, 17 juin 1896. D. 98.2.162. Pastres c/ Hosp. Civ. de Lyon).

(2) Ce texte porte « Toutes contributions directes ou indirectes autres que celles autorisées par la présente loi, à quelque titre et sous quelque dénomination qu'elles se perçoivent, sont formellement interdites, à peine, contre les autorités qui les ordonneraient, contre les employés qui confectionneraient les rôles et tarifs, et ceux qui en feraient le recouvrement d'être poursuivis comme concussionnaires, sans préjudice de l'action en répétition pendant trois années contre tous receveurs, percepteurs ou individus qui auraient

pénales pour concussions, autorise l'action en répétition pendant trois ans contre les autorités qui auraient établi et les agents qui auraient recouvré « des contributions directes ou indirectes autres que celles établies par la présente loi. »

A l'époque de la garantie administrative, il dispensait de l'autorisation préalable. Nous l'avons déjà rencontré (2) et nous avons vu qu'il avait été interprété par la jurisprudence du Conseil d'Etat dans un sens favorable à la compétence des tribunaux judiciaires.

Il faut observer que sous le nom d'action en répétition, ce texte ouvre en réalité une action en responsabilité pour faute. L'action en répétition suppose un enrichissement (Civ. 1235. 1376), qui n'est ici nullement nécessaire. (1) La loi sanctionne seulement l'illégalité de l'impôt.

Par un arrêt des chambres réunies, du 28 Mars 1895 (2) la Cour de Cassation, revenant sur la solution admise dans la même affaire par un arrêt du 12 Mars 1888 (3), a donné de ce texte une interprétation restrictive, favorable à la fois au fonctionnaire et à la compétence de la juridiction administrative.

---

fait la perception, et sans que, pour exercer cette action devant les tribunaux, il soit besoin d'autorisation préalable ». La rédaction traditionnelle de cet article final des lois de finances a été légèrement modifiée par la loi du 20 avril 1921, art. 126. D. 1922.4.153-185. V. DALLOZ. *Rep. Prat.* V° *Trésor Public.* n° 97, 99, 100, 101.

(2) Conseil d'Etat. Confl. Grelleau c/ Gerente. 14 décembre 1862. S. 1863.2.23. P. chr.

(1) Voir note au D. 1886.2.273.

(2) DELAPERCHE et de MARGERIE : héritiers Demion c/ héritiers Matrin. S. 1895.1.217 et note D. 1895.1.313. Note et conclusions du Proc. Gén. Manau.

(3) Ch. Civ. 12 mars 1888. — D. 1888.1.369 et s. — Conclus. de l'avocat général Desjardins, conformes. « Attendu porte

L'action était intentée par deux propriétaires (4) les dames Delaperche et de Margerie, dont les immeubles, situés dans la commune de Grenelle, s'étaient trouvés, après rattachement de cette commune, dépendre du 15e arrondissement de Paris. La Ville de Paris avait exigé des propriétaires, à la suite de poursuites et de saisie, le paiement de taxes de pavage dépassant 46.000 francs. Avant de payer, les demanderesses avaient porté au conseil de préfecture une demande en décharge, qui avait été rejetée, comme tardive. Elles avaient alors assigné devant le tribunal civil de la Seine le sieur Martin, receveur municipal de la Ville de Paris, en restitution de la somme payée qu'elles prétendaient avoir été illégalement perçue. Elles fondaient cette illégalité sur la législation applicable en matière de taxe de pavage, qui exigeait comme conditions de son éta-

---

l'arrêt que cette disposition (l'art. 94 de la loi de 1818)... a eu pour but d'instituer en faveur des contribuables une garantie spéciale contre l'établissement et la perception de contributions non autorisées par la loi. Qu'elle a dérogé pour ce cas aux règles destinées à maintenir la séparation des pouvoirs entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, et qu'elle a entendu laisser exclusivement à cette dernière autorité le droit d'apprécier si l'action civile en répétition aussi bien que la poursuite en concussion, est recevable et fondée. Qu'il suit de là que l'autorité judiciaire, saisie d'une demande en répétition, a le droit de vérifier si l'imposition dont il s'agit a été légalement établie, et que sa décision ne saurait être subordonnée à l'appréciation par l'autorité administrative des actes qui ont servi à l'établissement de cette imposition. Que dès lors, en statuant comme il a fait l'arrêt... a expressément violé la disposition de loi susvisée ». Arrêt confirmé le 16° juil. 1888 (D. ib.) sur l'opposition des défendeurs qui avaient fait défaut à la première décision.

(1) Ces faits sont relatés au DALLOZ, 1886.2.273 en tête arrêt de la Cour de Paris du 13 nov. 1885 et du jugement du Tribunal de la Seine du 7 juin 1883.

blissement : 1° l'insuffisance des revenus ordinaires de la commune; 2° l'existence d'un usage local antérieur (1). Aucune de ces conditions, disaient-elles, ne se trouvait réalisée, le budget de la Ville de Paris étant en excédent, l'ancien usage n'existant pas, puisque la commune de Grenelle avait été créée en 1830; enfin, l'existence d'un pavage antérieur, à l'annexion, excluant en fait l'obligation pour les propriétaires de contribuer à un pavage neuf. Ces faits d'ailleurs ne paraissaient pas contestés.

L'arrêt du 28 Mars 1895 mettant un terme à une longue procédure (2), repoussa la demande. « Attendu, contient-il, que l'article 94 de la loi du 15 Mai 1818... n'a eu en vue que la perception d'une taxe non autorisée... qu'il faut entendre par là uniquement une taxe qui n'aurait pas été votée et autorisée par les pouvoirs publics compétents, ni appliquée dans les formes prescrites, avec les approbations de droit; Attendu que le

---

(1) Avis du Conseil d'Etat du 25 mars 1807. V. DALLOZ. *Juris. Gén.* Voirie par terre, n° 1.585. V. sur ce point, note à D. 1886.2.273 et conclus. Proc. Gén. Manau. D. 1895.1.313.

(2) L'affaire avait été soumise au Tribunal de la Seine qui, par jugement du 7 juin 1883, avait rejeté la demande comme mal fondée, distinguant l'illégalité de la taxe entendue comme l'absence d'autorisation de la loi de finances, et sa fausse aplication. La Cour de Paris avait confirmé, le 13 novembre 1885. Voir ces décisions à D. 1886.2.273. S. 1887. 2.105. Les demanderesses s'étaient pourvues, et l'arrêt avait été cassé, sur conclusions conformes de l'avocat-général Desjardins, par arrêt du 12 mars 1888, rapporté ci-dessus. Cet arrêt étant rendu par défaut, les héritiers Martin s'étaient fait recevoir dans leur opposition par arrêt du 30 mai 1888. D. 1888.371. Enfin, le 16 juillet 1888, la chambre civile avait confirmé l'arrêt de défaut du 12 mars 1888. D. 1888.1.372. L'affaire avait été renvoyée devant la Cour d'Appel de Rouen.

receveur municipal de la Ville de Paris contre qui l'action en répétition des dames Delaperche et de Margerie a été exercée au sujet des rôles pour les taxes de pavage des années 1865, 1866, 1867 et 1873, n'avait par suite à rechercher que si ces taxes avaient été régulièrement autorisées par les lois de finances des années susdatées, et comprises dans les rôles régulièrement établis; qu'en procédant au recouvrement de ces taxes effectivement autorisées, il n'a encouru aucune responsabilité personnelle de nature à donner lieu contre lui à l'action en répétition. »

Cette jurisprudence, par son caractère restrictif, marque en un sens un recul sur l'arrêt du Conseil d'Etat de 1862. Tout le débat portait sur le mot : autorisé (1). On pouvait soutenir, — c'est l'interprétation de l'arrêt — qu'une contribution non autorisée est celle qui n'a pas été établie et mise à exécution par les pouvoirs compétents, notamment qui ne serait pas établie avec le concours des deux Chambres ; on pouvait prétendre — c'était l'interprétation des demanderesses — qu'une contribution non autorisée est celle dont toutes les conditions d'existence ne se trouvent pas régulièrement remplies. Il faut reconnaître que du moins en ce qui concerne les comptables, cette seconde interprétation, les circonstances de l'arrêt le montrent, les astreindrait à un contrôle des plus difficiles, et d'autant plus ingrat qu'ils sont responsables des rôles qu'ils sont chargés de recouvrer. (1) (2)

---

(1) Voir la note au SIREY, 1895.1.217-218.

(1) Décret du 31 mai 1862, art. 320. add. DALLOZ. *Rep. prat.* V. Taxes et impôt directs, nos 2.744, 2.762, 2.763. Voir en ce sens note précitée. D. 1886.2.273.

(2) Il est intéressant de rapprocher de cette décision, deux arrêts de la Cour de Cassation, l'un Ch. Req. du 19 août 1867, D. 68.1.79 autorisant, en matière de douanes, l'action

Dans une espèce voisine, mais différente, où un contribuable ayant demandé à s'acquitter en nature de ses prestations, avait été mis par suite d'une erreur de l'administration dans l'impossibilité de le faire, et à la suite de cela poursuivi et contraint de payer en espèces, la Cour de Cassation a statué dans un sens favorable au percepteur. « Attendu qu'il ne pouvait être déclaré responsable de poursuites qu'il a exercées sur l'ordre de l'administration par suite d'une fausse appréciation faite par celle-ci, des conditions dans lesquelles devait être acquittée une taxe dont la légalité n'est pas contestée. » (Bouvier c/ Bourgarel. Civ. 21 Mars 1887. D. 1888.1.85. note Sarrut. S. 1887.1.168).

Il est utile de compléter ces indications en signalant que, par deux arrêts, le Conseil d'Etat a statué sur la responsabilité pouvant incomber à l'Etat ou aux autres personnes administratives, pour saisie abusive.

Dans la première espèce, (Demoreuil c/ Etat. C. E. 1er Juillet 1927. S. 27.3.107, note Hauriou), la saisie avait été faite pour paiement d'une contribution arriérée pour laquelle existait une proposition de remise. Elle était en elle-même irrégulière, ayant été faite sans commandement préalable. Le contribuable avait assigné

---

en répétition contre l'Etat pendant 30 ans ; l'autre, Ch. Civ. du 25 mars 1874, déclarant l'autorité judiciaire incompétente pour statuer sur une demande en restitution d'impôts directs formée contre une commune. Ville de Chaumont c/ Heurlant. D. 1874.1.201-205. V. également les espèces suivantes où l'action en répétition a été admise. Celerier frères c/ ville de Paris. Civ. 6 mai 1895. D. 95.1.477, taxe de location sur les trottoirs irrégulièrement perçue. Cie Gle de Navigation c/ Ville de Beaucaire. Civ. 11 juillet 1895. D. 96.1.150, droits de quai et d'ancrage établis par une autorité incompétente. Dans ce dernier arrêt, la Cour a écarté la prescription de l'art. 247 de la loi du 28 avril 1816, à raison de l'illégalité du droit perçu.

en nullité, et poursuivi le percepteur en dommages-intérêts. Le tribunal de la Seine, puis la Cour de Paris avaient déclaré la saisie nulle, mais repoussé la demande de dommages-intérêts, déclarant que les circonstances de la cause ne révélaient pas de faute personnelle. Le Conseil d'Etat, à qui le contribuable avait alors porté sa demande d'indemnité, a déclaré qu'il y avait « une faute d'une exceptionnelle gravité » mais a refusé les dommages-intérêts, se fondant sur ce qu'il n'avait subi « aucun préjudice matériel puisqu'il n'avait pas été procédé à la vente de ses meubles. » (1)

Dans la seconde (Epoux Beauville c/ Colonie de la Cochinchine) C. E. 11 Avril 1930. Rec. C. E. 462), la saisie (saisie de récolte) avait été opérée pour des contributions acquittées, et poursuivie jusqu'à la vente. Elle était irrégulière, ayant été faite sans l'autorisation spéciale du Gouverneur. Le Conseil d'Etat a, cette fois, reconnu le droit à l'indemnité.

---

(1) Dans une espèce où l'administration, par une série de saisies d'une incroyable rigueur a entraîné la ruine d'un commerçant (faillite à 100 % et reliquat d'actif) pour assurer le recouvrement de droits qui, dans leur quantum, n'étaient pas dûs, le Conseil d'Etat a rejeté la demande d'indemnité. La procédure était strictement légale, mais l'abus était évident. V. Concl. Commissaire du Gouvernement, ROUSSELIER. C. E. 8 juillet 1932. LARROQUE, D. 132.3.68. La Cour d'Amiens, 3 mai 1931. D. H. 31.307.308, a condamné l'Etat pour saisie-arrêt abusive. La Cour, pour affirmer sa compétence, se fonde sur ce qu'étant saisie d'une demande de mainlevée, elle pouvait connaître de la demande de dommages-intérêts, qui présentait un caractère accessoire. Mais cette solution paraît erronée.

Comme exemples d'actions en restitution pour impôts irrégulièrement perçus. V. Civ. 22 janv. 1929. D. H. 29.181. Droit des pauvres irrégulièrement perçu. Union Sportive Perpignanaise c/ Bureau de Bienfaisance de Perpignan. Add. Société Métropole-Voitures. C. E. 23 mai 1930, S. 31.3.39, note anon.

XIII. — VOIES DE FAIT ET ABUS DE POUVOIR

Les notions de voies de fait et d'abus de pouvoir sont si générales, qu'un grand nombre des espèces rangées dans les autres catégories pourraient figurer sous cette rubrique.

Des raisons de clarté faciles à comprendre; et aussi des raisons tirées du fond des choses, imposaient, partout où il était possible, un classement de ces espèces, et leur groupement systématique d'après la nature du droit blessé, ou à défaut d'après la nature de l'acte incriminé.

Toutefois, l'activité administrative s'étend à des objets si multiples, son action peut s'exercer dans des conditions si complexes, qu'un tel choix s'est trouvé parfois impossible à faire. De là, ce dernier groupe qui réunit des espèces assez diverses, dont le seul trait commun est la voie de fait ou l'abus de pouvoir.

Le tribunal des conflits a considéré (29 Novembre 1890. Boyer. Rec. 894) comme faute de service, le refus par le Président d'un bureau de vote d'admettre comme assesseur un conseiller municipal inscrit dans une autre section, et de mentionner au procès-verbal la protestation de ce conseiller « la formation du bureau électoral et la confection du procès-verbal exigé par les art. 16, 30 et 33 du décret du 2 Février 1852 étant des actes administratifs dont la régularité ne peut être appréciée par l'autorité judiciaire... aucune faute personnelle distincte de l'excès de pouvoir lui-même n'étant relevée dans la cause ». Cette décision paraît critiquable sur l'appréciation du refus d'inscription au procès-verbal. L'art. 16 du décret précité porte expressément que

« toutes les réclamations et décisions » y seront inscrites. Le président qui refuse de le faire au mépris de la loi doit engager sa responsabilité.

Aussi critiquable nous semble l'arrêt de la Cour de Cassation du 11 Juin 1912, réformant un arrêt de la Cour de Toulouse, du 11 Mars 1908, qui estime qu'en refusant l'accès de l'urne à un électeur septuagénaire et paralytique, parce qu'il avait la tête couverte et s'appuyait sur une canne, le président d'un bureau de vote « a agi dans l'exercice des fonctions administratives qu'il remplissait alors et en vertu des pouvoirs de police que la loi confère aux présidents des bureaux » et déclare « qu'en supposant qu'il ait commis une faute personnelle, ce ne serait en conséquence qu'à l'autorité administrative qu'il appartiendrait d'en reconnaître l'existence », ce qui est une erreur de droit (D. 1914. 1.110).

A été au contraire considéré comme fait personnel, l'interdiction faite par le maire à un conseiller municipal de prendre part aux séances, alors qu'à supposer que ce conseiller ait manqué à trois séances successives sans motif légitime, il n'avait pas été déclaré démissionnaire par le préfet. (Confl. Dezetrée. 15 Décembre 1883. Rec. 939).

« Le fait, par un conducteur des Ponts et Chaussées, de s'opposer à la saisie de poissons provenant d'un étang domanial, et d'utiliser ensuite, à différentes reprises, pour les pêches de poisson effectuées pour le compte de l'Etat, un tombereau appartenant à un particulier, qu'avait précisément amené l'huissier en vue de l'exécution de la saisie. (Saffroy, Confl. 24 Novembre 1894 Lebon. 1894. p. 628). Détail à noter : l'arrêt relève que l'approbation ultérieurement donnée au conducteur par ses chefs ne peut conférer aux actes incriminés un caractère administratif. »

« Le fait, par un Caïd adjoint d'une commune mixte d'Algérie, d'avoir dévasté les récoltes d'un particulier, et détruit le gourbi servant à son habitation (Mohammed ben Belkassem. Confl. 11 Juillet 1891. Lebon. 91. p. 542).

Le 15 Mars 1902, le tribunal des conflits (D. 1903. 3.93. Marcaras c/ Séne et Cliché), a décidé que les médecins, agents sanitaires de la police maritime, qui, sur une erreur de diagnostic, et malgré les dénégations énergiques du médecin du bord, enferment au lazaret une femme en état de grossesse avancée, comme atteinte de fièvre jaune, ne lui donnant aucun des soins réclamés, soit par son état réel, soit par son état supposé, et une fois morte, la font inhumer sans qu'on se soit assuré du décès, commettent « des fautes lourdes dont la portée excède l'exercice normal des fonctions de police sanitaire auxquelles ces médecins étaient préposés », et dont « l'examen n'implique l'appréciation d'aucun acte ou règlement administratif. »

Il a considéré de même qu'avait commis une « faute personnelle se détachant des fonctions d'instituteur » l'instituteur qui, durant la classe, avait tenu les propos suivants : « les soldats français sont des voyous et des lâches... ceux qui croient en Dieu sont des imbéciles », et d'autres semblables, — de tels propos ne pouvant être considérés comme se rattachant à un titre quelconque à l'enseignement que l'instituteur a mission de donner à ses élèves ». (Confl. 2 Juin 1908. Girodet c/ Morizot. D. 1908.3.57. Concl. Tardieu). Dans le même sens (Cour de Toulouse, 26 Janvier 1914. Fabas et Aurignac c/ Escazeaux. S. 14.2.242).

Commet une faute lourde engageant sa responsabilité personnelle, le maire qui donne aux agents de la police urbaine l'ordre de ne jamais recourir à un médecin régulièrement porté sur le service de nuit « cet ordre n'ayant pas eu en vue la bonne gestion du service pu-

blic » mais bien pour objet de priver le sieur Vauriot du bénéfice de son inscription » (Confl. 7 Décembre 1907. Vauriot c/ Crouzet — Rec. p. 925). L'arrêt relève comme circonstance révélatrice de l'intention du maire, « qu'il avait eu soin de prescrire que son ordre demeurât confidentiel », ce fait « témoignant qu'il ne se serait point mépris sur l'illégalité ainsi commise. »

Constitue également une faute personnelle la remise d'une carte d'invalidité mal établie, alors qu'elle s'accompagne d'une dénonciation au Procureur de la République signalant le porteur comme coupable d'escroquerie et d'infraction à la police des chemins de fer. (Navarro c/ Mounier — Confl. 14 Décembre 1925 D.H. 26.55 G. P. 26.257).

Ont été seulement considérés comme faits de service :

La mutation de cote prétendue opérée par un Directeur des Contributions Directes en dehors des formalités prescrites par les règlements, et sur des déclarations et certificats qualifiés de frauduleux en vue d'une inscription sur les listes électorales (loi du 7 Juillet 1874) — Lorenzi et autres. Confl. 9 Novembre 1895. Rec. 695).

L'obligation imposée par un capitaine de frégate, commandant une colonie, à un armateur, de payer pour des droits de douane une somme supérieure à celle réellement dûe, alors que cette exigence a contraint l'armateur à la vente de ses marchandises (Augé. Confl 15 Juin 1886. Rec. 503).

La mise à mort, par un douanier, d'un chien qu'il a de justes raisons de considérer comme favorisant la contrebande (Trib. Pol. Hirson. Aisne. 14 Mars 1889 cité Feraud-Giraud, p. 368).

Le refus formulé par des officiers d'ordinaire, antérieurement à une adjudication, d'admettre à cette adjudication un commerçant « ce fait considéré en lui

même ou dans ses conséquences, échappant à l'appréciation de l'autorité judiciaire, alors que le demandeur n'a précisé aucune circonstance d'où il résulterait que le fait reproché aux officiers eût le caractère d'une faute personnelle se détachant de l'acte administratif. » (Garenne. Confl. 12 Décembre 1908. S. 11.3.32). (1)

XIV. — LA JURISPRUDENCE ET LE CRITERIUM DE LA FAUTE DE L'ORDRE DU SUPÉRIEUR

Au terme de cette longue revue de jurisprudence, il semble que l'on puisse faire l'observation suivante :

Pour apprécier la responsabilité d'un fonctionnaire, ni le tribunal des conflits, ni les tribunaux judiciaires ne se préoccupent beaucoup des définitions théoriques de l'acte administratif et de la faute. Sous la formule communément employée du fait détachable, ils semblent surtout rechercher si, étant donné le service, l'acte incriminé correspond au type des actes de ce service. Si l'acte se présente avec des caractères anormaux, il est le fait de l'agent qui l'a marqué de sa personnalité. « Finalement, comme l'écrivait Duguit (note sous-arrêt de Bordeaux, Monpillié. S. 18-19, 2-2 et s.), il faut s'en tenir à la définition de Laferrière. »

C'est là un procédé empirique, mais qui s'explique par l'incertitude des principes proposés.

---

(1) Rapprocher de cette décision, Confl. 11 décembre 1909. Antonetti, Rec. 982, le Tribunal des Conflits a vu une « faute personnelle se détachant nettement de la fonction administrative » dans l'acte du surveillant d'une station d'étalons, qui refuse une fourniture de fourrage achetée à cet effet, et dont il a agréé l'échantillon.

A. — *De l'ordre du supérieur*

Cette jurisprudence appelle enfin une dernière remarque.

Elle semble exonérer de toute responsabilité personnelle le fonctionnaire qui invoque, pour sa défense, l'ordre de son supérieur (de Parcevaux. Confl. 23 Novembre 1878 — Usannas-Joris. Confl. 23-25 Mars 1889 précité. Abbé Piment. Confl. 22 Avril 1910, précité), sans pourtant ériger cette appréciation en thèse absolue. (Vincent. Confl. 15 Février 1890, précité). (1).

Il semble bien que sur ce point la solution vraie soit celle envisagée par M .Duguit, que d'être accompli par ordre ne change rien à la nature juridique de l'acte (garantie réelle). Tout au plus, ce fait sera-t-il de nature à faire présumer l'absence d'intention mauvaise de l'agent, à la condition d'ailleurs que l'acte ne constitue pas un délit prévu par la loi pénale.

Cette opinion n'est pas seulement conforme aux principes généraux admis depuis l'arrêt Pelletier; elle peut encore s'appuyer sur les articles 114 et 184 C. Pén. qui exemptent de peine le fonctionnaire public « ayant donné un ordre ou fait quelque acte arbitraire ou attentatoire à la liberté individuelle, ou commis une violation de domicile, s'il justifie « avoir agi sur l'ordre de ses supérieurs, pour les objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique ». Ces textes dont l'application est subordonnée à une série de conditions restrictives font donc de l'ordre du supé-

(1) Duguit. *Tr. Dr. Constit.* 1re éd. t. I, p. 558. — 2e éd. t. 3, p. 285 et s. — Adde J. Barthelemy, *L'Influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents R. D. P.* 1914, p. 491 et s. — Perreau, note au S. 96.1.473 ss. Cr. 20 fév. 1896. Loumagne c/ Daure précitée.

rieur une excuse absolutoire, et non une cause exclusive de culpabilité. Ils laissent par suite absolument intacte la question de responsabilité civile. Si l'on ajoute que l'art. 65 du Code Pénal prohibe l'extension, par analogie, des excuses hors des cas prévus par la loi, la jurisprudence du tribunal des conflits n'apparaîtra peut-être pas sur ce point à l'abri de toute critique.

XV. — DU CAS OU LE FAIT REPROCHÉ AU FONCTIONNAIRE CONSTITUE UN DÉLIT PÉNAL

Il ne semblerait pas qu'il pût y avoir de raison de douter dans ce cas. « D'un tel acte, écrit Duguit (traité 1re édit. t. 1er, p. 554) on ne pourra jamais dire qu'il est un acte de la fonction, c'est un acte accompli à l'occasion de la fonction, ce ne peut pas être un acte de la fonction. » (1) (2) Aussi bien, la jurisprudence des tribunaux judiciaires l'a-t-elle maintes fois affirmé. « Attendu, dit, la Cour de Lyon, dans un arrêt du 28 Janvier 1904 (3), qu'un acte dont la loi a fait un crime ne peut revêtir le caractère administratif. » « At-

(1) Voir également Jèze, *Revue du Dr. Pub.* 1909, p. 274. *cit. supra.*

(2) Rappelons que l'ordonnance du 1er juin 1828 interdit de façon absolue le conflit en matière criminelle (article 1er) et ne l'autorise en matière correctionnelle que dans deux cas (art. 2). Sur l'interprétation de ces dispositions, et les limites que la jurisprudence y a apportées. Laferrière, I, pp. 626 et s., 633 et s.

(3) Dlle Faure, D. 04.2.323, arrestation arbitraire. Rapporté plus haut.

tendu, dit la Cour de Cassation (1) (2), que si, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, l'autorité administrative est, en règle générale, seule compétente pour prononcer sur la responsabilité d'un militaire résultant du dommage qu'il a causé par un acte accompli au cours d'un service commandé, il en est autrement quand le fait allégué présente le caractère d'un délit ; qu'en pareil cas, l'action civile dirigée contre l'auteur de l'infraction pénale doit être portée devant les tribunaux civils. » (3).

Le tribunal des conflits avait accepté cette doctrine que l'on trouve formulée dans plusieurs arrêts. « L'acte interdit par la loi pénale ne pouvant, alors même qu'il aurait été accompli sur les ordres du Ministre de l'Intérieur, revêtir le caractère ni d'un acte administratif,

(1) Cass. 7 fév. 1923. Raymond c/ Royer, D. 26.1.93 note (v. espèces citées en ce sens). S. 23.1.347. Blessures par imprudence. Malgré la faute personnelle reconnu par la jurid. judic. le C. d'E. a admis le recours du Sr Raymond contre l'Etat. C. E. 8 fév. 1924. Rec. p. 153 S. 26.3.17 note Hauriou. Cette espèce est étudiée plus loin à propos du recours de l'agent contre le service. V. également en matière de bles. par imprud. Confl. 2 mai 1914. Provost c/ Cornu et Ville du Creusot. Rec. 531.

(2) Cass. Civ. 9 mars 1914. D. 19.1.32, de Lajudie c/ Pomarède et autres. Lacération et saisie d'affiches.

(3) Voir également Cr. 16 juillet 1926. Min. pub. et Lafargue c/ consorts Peres. G. P. 3 novembre 1926. Poursuites dirigées c/ un préfet pour fraudes électorales (Lois du 29 juillet 1913 et 31 mars 1914). Le débat ne portait pas sur le caractère administratif de l'acte, mais sur l'application à la poursuite des dispositions des art. 479 et s. Code I. C. et 10 de la loi du 20 avril 1810. La chambre criminelle, cassant l'arrêt de la Cour de Toulouse du 18 février 1926 (G. P. 26.1.502) a écarté l'application de ces articles, à raison des dispositions formelles de l'art. 14 de la loi du 29 juillet 1913.

ni d'un acte de gouvernement » (Confl. 15 fév. 1890) (1) « l'action introduite ne tendant pas à faire contrôler ou annuler des actes administratifs, mais à obtenir la réparation du préjudice résultant de faits exclusivement personnels... qui, s'ils étaient établis, relèveraient de la loi pénale. » (Conflits. 7 décembre 1918) (2).

Actuellement, la question n'est plus entière et cette solution a été entamée par le tribunal des conflits. A deux reprises, statuant dans des espèces de blessures par imprudence, cette juridiction a dénié en termes exprès le caractère de fait personnel à des faits qui, établis, présentaient indiscutablement les caractères de ce délit « considérant que le simple fait d'excès de vitesse imputé à cet officier (le lieutenant Bousquet) dans l'accomplissement d'un service commandé, ne constituerait pas, s'il était établi, une faute se détachant de l'exercice de ses fonctions; que, dans ces circonstances, c'est à bon droit que le préfet a élevé le conflit. » (Subra c/ Bousquet. Conflits. 11 juillet 1927. S. 28.3.5, note anon.) (3). La formule de la seconde espèce est encore plus catégorique : « qu'en admettant même que

---

(1) Aff. Vincent et Fosse c/ Bourgeois et Thomas. D. 1891. 3.32. Lacération d'affiches électorales, fait prévu par l'art. 17 de la loi du 29 juillet 1881.

(2) Cassagne c/ Sengès et autres. Rec. 1918, p. 1115, action engagée par un délégué du conseil municipal à la commission administrative d'un hospice contre les délégués du préfet pour détournements et faux. Pén. 175.

(3) Le caractère des faits était si peu discutable que l'action publique avait été engagée devant le conseil de guerre et n'avait été arrêtée que par une loi d'amnistie. V^r S. *loc. cit.* La note relève que cette décision est contraire à la jurisprudence antérieure. V. esp. citées.

ledit fait fut constitutif du délit prévu par l'art. 320 du Code pénal, cette circonstance ne saurait justifier la compétence judiciaire, alors que l'action ne présente pas les caractères d'une des actions prévues par l'article 3, Code I. C. » (Conflits. 27 février 1933. D. 33.3.43 Cie Ass. Rhin et Moselle c/ Henri. Note Appleton) (2 Ces décisions avaient elles-mêmes été, dans une certaine mesure, préparées par un arrêt du Conseil d'Etat du 8 février 1924 (Raymond. Rec. p. 153. S. 26.3.17. Note Hauriou) qui, en faisant droit au recours de Raymond contre l'Etat, pour le montant de la condamnation prononcée contre lui, avait ainsi admis de façon implicite, mais certaine, qu'un délit pénal pouvait être considérée comme une faute de service (1).

La dernière des décisions du tribunal des conflits a été commentée par M. Appleton en des termes assez favorables. « Ne pourrait-on pas dire, écrit-il, que certains faits qui, s'ils étaient commis par de simples

---

(2) Le sous-officier Henri, mis par l'autorité militaire comme moniteur à la disposition d'une société sportive faisant de la préparation militaire, avait au cours d'un exercice de lancement de disque grièvement blessé un jeune homme qui se trouvait dans le voisinage. L'accident était dû manifestement à une série d'imprudences du moniteur : terrain planté d'arbres de diverses tailles, non délimité ni gardé, public non averti, disque lancé sans précautions. La victime avait fait condamner la société sportive puis avait transigé avec elle sur le jugement de condamnation. La compagnie Rhin et Moselle, qui assurait la société, s'était alors retournée contre le sous-officier, auteur de l'accident. C'est cette instance qui était soumise au tribunal des conflits. Voir s/ ceci D., *loc. cit.*

(1) HAURIOU. Note au S. 26.3.17. Le caractère de délit pénal des faits avait été reconnu par la Cour de Cassation. Cr. 7 février 1923, cité plus haut.

particuliers, constitueraient des délits, peuvent perdre ce caractère lorsqu'ils surviennent au cours d'une opération administrative, et dès lors ne constituent pas nécessairement, à la charge du fonctionnaire incriminé, un fait personnel justiciable des tribunaux judiciaires? » (Appleton. D 33.3.43).

Si ces solutions devaient prévaloir et inaugurer une jurisprudence fondée sur des principes de cette nature, elles marqueraient une extension nouvelle, et particulièrement grave, de la garantie accordée aux fonctionnaires par le système de l'arrêt Pelletier ; on peut cependant hésiter à leur attribuer une telle portée. Il est possible que le tribunal des conflits ait considéré qu'il y aurait rigueur excessive à traiter comme fait personnel « tout fait pénalement sanctionné, même lorsqu'il constitue une infraction minime et purement matérielle » (Appleton, loc. cit.). Cette interprétation est envisagée par M. Appleton. Si telle est la pensée du tribunal des conflits, les décisions examinées n'ont qu'une portée très restreinte. Mais il y a plus. Dans les deux espèces, le tribunal des conflits, tout en affirmant l'incompétence des tribunaux judiciaires, y apporte ce tempérament : « en dehors du cas où ils se trouveraient saisis dans les conditions prévues par l'article 3. Code I. C. » (Affaire Subra, 11 juillet 1927, précitée). En fait, ce tempérament vient ruiner l'affirmation principale dans ses conséquences essentielles. C'est un rappel de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de Cassation (1). Rappel au demeurant fâcheux, car l'action civile devant les tribunaux repressifs ne diffère pas de nature de l'action en réparation devant la juridiction civile (Laferrière. T. I., p. 626 et s.) et la règle

(1) Cette jurisprudence est étudiée plus loin.

de la séparation des pouvoirs serait vraiment bien fragile s'il suffisait de changer la forme d'une demande pour y faire échec (1).

Il y a donc lieu de considérer ces décisions comme des écarts de jurisprudence, qui laissent intacts des principes jusqu'à elle considérés comme indiscutables.

---

(1) V. sur ces points les remarquables conclusions du commis. du gouvernement Rouchon-Mazerat, à l'arrêt de conflit du 11 juillet 1932 (Préfet de la Seine c/ dme Melinette. S. 33.3.97 et s. D. 1933.3.65 et la note de M. Alibert au S. *Loc. cit.*

VI

Responsabilité de l'Administration en cas de faute personnelle du Fonctionnaire

---

DU CUMUL DES RESPONSABILITÉS

VI

RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATION EN CAS DE FAUTE PERSONNELLE DU FONCTIONNAIRE

DU CUMUL DES RESPONSABILITÉS

I

La distinction de la faute personnelle et la faute de service *aboutit à celle des cas de responsabilité du service et de l'agent.*

Ces responsabilités ne se cumulent pas.

Cette absence de cumul est la conséquence des principes admis.

Elle conduit à des solutions inacceptables

Elle est contraire à l'évolution suivie en matière de responsabilité des services.

Elle provient d'une analyse trop sommaire. La faute de l'agent rentre dans le champ de la faute de service.

II

Du cumul des responsabilités

a) Premières atteintes subies par la théorie du non cumul en jurisprudence. Leur caractère discutable.

b) L'arrêt Anguet, C. E. 3 février 1911.

c) Autres décisions.

d) *Le Conseil d'Etat admet expressément le cumul. Arrêt Lemonnier*, 26 *juillet* 1918.

e) Cet arrêt a fixé la jurisprudence.

f) La portée en a été contestée à tort.

g) Aucune décision n'est revenue sur ses principes.

Ils ont été affirmés expressément, à nouveau, en 1926 et 1928.

III

Jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation.

Arrêt de conflit du 11 juillet 1933.

IV

Du cumul des réparations.

Les actions peuvent se cumuler, non les indemnités.

a) Procédés destinés à empêcher le cumul.

b) Garantie.

c) Subrogation.

V

Expression pratique du système.

VI

Rapports de l'agent et du service.

I. — Recours de l'agent contre le service.

Il doit être porté aux tribunaux administratifs.

Ce recours doit être admis. Arrêt Raymond Conseil d'Etat, 8 février 1924.

II. — Recours du service contre l'agent.

La solution du droit privé.

La position de la question en droit public. Législation et doctrine.

La jurisprudence du Conseil d'Etat se refuse formellement à l'admettre. Arrêt Poursines, 28 mars 1924.

Mais elle-même l'accepte en fait par la subrogation.

III. — Juridiction compétente.

RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATION EN CAS DE FAUTE PERSONNELLE DU FONCTIONNAIRE

DU CUMUL DES FONCTIONNAIRES

I

La distinction de la faute personnelle et de la faute de service avait été « imaginée uniquement pour donner aux agents publics une certaine protection » (Fliniaux, Rev. D. Publ. 1921, p. 334). Par une conséquence que ses auteurs n'avaient certainement pas envisagée, mais dans leur système d'une logique irréprochable, cette distinction, établie pour déterminer des compétences, a réglé le fond du droit. Elle a déterminé les cas où l'administration et ceux où l'agent seraient responsables.

Ou, en effet, l'acte incriminé a les caractères d'une faute de service, non détachable de l'acte administratif, et l'Administration seule est responsable (dans la mesure du moins où la jurisprudence reconnaît cette responsabilité); ou il se présente comme une faute personnelle, un acte se détachant de la fonction, et le fonctionnaire est alors seul responsable, la personne morale administrative étant déchargée de toute responsabilité.

Cette exonération de responsabilité s'explique par deux raisons. La première est la règle traditionnelle d'irresponsabilité de l'Etat et des personnes publiques, qui a régi presque tout le XIX^e^ siècle et n'a fléchi nettement que depuis une quinzaine d'années (Dans le sens de l'irresponsabilité, Rothschild, Confl. 6 déc. 1855, Rec., p. 705. D. 1859.3.34. — Blanco et

Dugave-Bransiet, 8 février 1873, Rec. suppl[t] p. 6 et 70. — Lepreux, 13 janv. 1899, C. d'Etat. Rec. p. 18. — Feutry, 29 février 1908, p. 217). Elle a été nettement mise en évidence par Jèze (Rev. Dr. publ. 1914, p. 573). La seconde, qui se rattache étroitement à la précédente, est l'inapplicabilité reconnue à l'Etat de l'art. 1384 du Code civil (sur cette inapplicabilité, voir Laferrière, t. I., p. 675, 677. — Jèze, Revue du Dr. publ., janv. 1923. Application de Règles de Droit privé aux manifestations de volonté de droit public p. 5 et s.); et par suite l'impossibilité, en cas de faute, de remonter de l'agent au service.

Pour exprimer la situation créée par cette doctrine sous une forme un peu différente, mais rigoureusement exacte, nous dirons : La faute, au sens que le Droit civil attache a ce terme, n'existe pour le fonctionnaire qu'autant qu'elle constitue une faute personnelle, en attachant à cette formule la signification très précise que lui donne le droit administratif. Etant alors distincte de la fonction, elle ne peut jamais engager celle-ci. Si le fait dommageable, accompli en violation du droit, ne réunit pas tous les caractères d'une faute personnelle, la personnalité de l'agent disparaît, s'absorbe en quelque sorte dans le service, et le particulier lésé demeure en présence du service seul. Ainsi, la détermination de la personne responsable en cas de faute administrative (*lato sensu*) se présente sous la forme d'un dilemme. Ou l'Administration, ou l'agent. Jamais les deux à la fois.

Ce principe du non cumul a été, jusqu'à une époque récente, admis et formulé en des termes catégoriques par les auteurs les plus réputés du Droit public. « Lorsque le préjudice du particulier, écrivait M. Duguit en 1911 (T. I, p. 549), a pour cause un acte du fonctionnaire qui est étranger au service (il désignait ainsi la faute personnelle), l'Etat, le patrimoine public ne sont

pas responsables, et le fonctionnaire est seul personnellement responsable envers le particulier lésé ». M. Hauriou dans son Traité (8e édit., 1914, p. 497) enseignait : « Jamais de cumul, ou bien la responsabilité de l'Administration seule pour la faute de service, ou bien la responsabilité du fonctionnaire seul pour le fait personnel. »

M. Moreau (Dr adm., p. 639 et 645) écrivait simplement : « Il est naturel et juste que la question de responsabilité se pose à l'égard de l'agent et non à l'égard de l'Etat. »

Ces brefs extraits justifient en un sens l'appréciation de M. Duez que la règle de non cumul, jusqu'au moment où s'est produite l'évolution de jurisprudence qui sera examinée ci-après, a été « admise comme une sorte de dogme » (Duez, Responsabilité de la puissance publique, p. 154). Mais donnant au mot dogme son sens plein, le même auteur ajoute qu'on avait omis de lui demander ses titres (*ibid.*, p. 154). et qu'à vrai dire « personne ne se souciait de fournir sa justification » (*ibid*, p. 156). Il ne nous paraît pas qu'il en soit ainsi. Que l'on consulte Laferrière (2e édition, T. 2, p. 189); Hauriou, Duguit, aux passages des éditions précitées, la règle se présente comme la conséquence immédiate du double examen de la faute du fonctionnaire et de la faute du service. Les auteurs n'ont ni doute, ni hésitation. Il s'agit manifestement pour eux de quelque chose d'évident. « Il est naturel... », écrit M. Moreau au passage précité. On a « raisonné instinctivement », dira M. Hauriou en 1921 (Précis, 10e éd., p. 379). Si M. Duguit, qui ne variera jamais sur le principe, en donne une démonstration d'allure plus rigoureuse, en 1911, dans son Traité (T. I, p. 548-549), en 1913, dans son livre sur « Les transformations du Droit public » (p. 274 et 277), il obéit au souci de rigueur logique dont toute son œuvre porte la trace; il ne vient pas au secours

d'une doctrine menacée. Même s'il voit dans le non cumul une conséquence de la théorie du risque considéré comme fondement de la responsabilité de l'Etat, il est facile de montrer que, pour lui, comme pour tous les autres, la raison décisive de ce non cumul tient dans les notions mêmes de faute de service et de faute personnelle. Il substitue seulement à l'idée de « faute » du service, celle de fonctionnement défectueux. « Elle (la responsabilité de l'Etat), ne joue que lorsque et dans la mesure où le préjudice a véritablement pour cause le mauvais fonctionnement du service public. Si... le préjudice est né à l'occasion du fonctionnement du service public, mais s'il n'en est pas la conséquence directe, ... la caisse publique ne doit pas le supporter, l'Etat ne doit pas être responsable. Il en sera ainsi quand le préjudice est né... d'un acte d'un fonctionnaire qui est en réalité étranger au service. C'est cet acte, accompli à l'occasion du service, mais qui est cependant un acte étranger au service, qu'on appelle, suivant une terminologie consacrée, la faute personnelle du fonctionnaire. » (*Traité*, 1re éd. T. I, p. 549).

On voit que les éléments du raisonnement sont ceux qui ont été précédemment indiqués, et qui se trouvent déjà dans Laferrière (2e éd. T. 2, p. 189) : Définition du fait de service, définition du fait personnel; constatation que ces deux notions s'excluent logiquement (1).

Le principe était donc admis dans toute sa rigueur, comme « un dogme », et pouvait fournir ses titres.

Il reste à examiner si ceux-ci étaient suffisants ; l'évidence est parfois trompeuse, l'instinct n'est pas

(1) Duguit. Traité, 1re édit. p. 549 : « Dès lors, nous pouvons formuler la proposition suivante, qui dérive logiquement de tout ce qui a été dit précédemment... » — Suit l'énoncé du principe de non-cumul tel qu'il est reproduit au texte un peu plus haut.

toujours un guide très sûr, la logique ne vaut qu'autant qu'elle opère sur tous les éléments de la réalité, nécessairement complexe.

La question allait être posée par M. Jèze, une première fois, en 1910, à propos d'un arrêt du Conseil d'Etat : Compagnie Commerciale de Colonisation du Congo Français (C. E. 12 février 1909, Rec. Arr. C. E. p. 154), sur la portée duquel il a été beaucoup discuté ; une seconde fois, et dans toute son étendue, en 1914, dans deux articles de la Revue du Droit public (*Revue du Droit public*, 1910, p. 74 — 1914, p. 569 et s.).

En fait, et malgré la « quasi-unanimité » des auteurs (1), malgré l'autorité de la jurisprudence qu'ils pouvaient invoquer, la règle du non cumul pouvait soulever les objections les plus graves.

Tout d'abord, il est facile de voir à quelles conséquences surprenantes et inéquitables conduit son application. « Quel que soit le criterium adopté pour déterminer la faute de service et la faute personnelle, la faute de service est, en fait, moins grave que la faute personnelle. Dès lors, on arrive à cette conséquence paradoxale, inattendue, contraire à l'équité : au cas de faute de service, c'est-à-dire de faute moins grave, la victime a plus de chances de toucher une indemnité qu'au cas de faute personnelle, c'est-à-dire, en fait, de faute plus grave. Il ne suffit pas, en effet, à la victime d'être créancière d'une indemnité. Condamner un agent de police, un douanier, un cantonnier, voire même un médecin sanitaire (allusion à l'aff. Marcaras, sus-relatée) à 10.000 francs, à 100.000 francs de dommages-intérêts, à raison de la faute personnelle commise par l'agent dans l'exercice de ses fonctions, c'est prononcer une condamnation platonique sans valeur pour la victime,

(1) Jèze, R. D. P. 1914, p. 570.

car cette indemnité ne sera pas payée à raison de l'insolvabilité du débiteur. » (Jèze, Rev. Dr. publ. 1914, p. 575).

Ainsi présenté, l'argument a les caractères d'un argument d'équité. Mais, du point de vue purement juridique, cet argument prend une singulière valeur si, comme l'a fait lumineusement M. Jèze (1), on rapproche l'évolution des principes régissant la responsabilité de l'Etat de l'origine et du développement de la notion de faute personnelle du fonctionnaire.

A l'époque où apparaît cette formule (arrêt Pelletier, 26 juillet 1873), l'irresponsabilité de l'Etat et des personnes publiques est la règle (2). En opposant la faute de service à la faute personnelle, le Tribunal des Conflits, d'abord, puis à sa suite, le Conseil d'Etat et les Tribunaux judiciaires, ont sans doute pour objet d'assurer l'immunité du fonctionnaire, au moins dans la généralité des cas, mais par un effet inéluctable et voulu, ils affirment sa responsabilité en cas de faute personnelle. Ce cas est donc le seul en principe où va s'ouvrir un recours pour le particulier lésé — recours limité à la personne de l'agent.

Mais la jurisprudence concernant la responsabilité de l'Etat va évoluer. Par étapes progessives, elle va reconnaître cette responsabilité dans des séries d'hypothèses de plus en plus nombreuses (3). En 1905, elle l'étend

(1) Jèze, R. D. P. 1914, p. 573 et s.

(2) Jèze, *ibid.* Laferrière, *Jurid. Adm.* 2e éd. t. 2., p 183, 185 et s. — Duguit, traité, 1re éd. t. I, p. 254, 257 et s. — Rolland, *Précis*, 3e éd. p. 256 et s.

(3) Arrêt Leberre, C. E. 29 mai 1903. Rec. p. 414. — S. 1904, 3, p. 121, avec conclusions de M. Teissier. — Responsabilité de l'Etat engagée par la révocation illégale d'un fonctionnaire. — Villenave, C. E. 11 déc. 1903, Rec. p. 767.

aux services de police (1). On peut dire que, dès ce moment, la règle primitive est renversée : l'État est désormais, sauf en des cas très spéciaux, obligé d'indemniser le particulier lésé par le fonctionnement défectueux des services publics (cf. Rolland, Précis, 3e éd., p. 258 — Jèze, R. D. P. 1914, p. 576). Or, l'idée directrice de cette évolution n'est pas une idée d'ordre juridique, au sens étroit du terme. Pas plus qu'avant, la jurisprudence ne reconnaît la force obligatoire des dispositions du Code civil (Jèze, *ibid.*). Elle s'inspire seulement de considérations d'équité que les arrêts anciens réservaient déjà (2). Ce qu'elle considère, c'est le fonctionnement bon ou mauvais du service, la nature et l'étendue du préjudice qu'il a causé, le rapport qui existe entre l'un et l'autre.

Admettre la règle du non-cumul revient à dire que cet examen n'est pas à faire, que toute considération d'équité doit être écartée dès que, dans l'acte dommageable, apparaît l'action ou la personne d'un fonction-

---

Brusque renvoi d'un fonctionnaire communal. — Zimmermann, C. E. 27 février 1903, Rec. 178 et S. 1905, 3, 17 et note de M. Hauriou, Exécution abusive d'un arrêté d'un Conseil de Préfecture. — Duguit, *Traité*, 1re éd. t. I, p. 258. — Jèze, R. D. P. 1914, p. 576, analyse du principe d'équité.

(1) Tomaso Greco, C. E. 10 février 1905, Rec. 1905, p. 140, S. 1905, 3.113, note de M. Hauriou. — Sur les principes de la responsabilité de l'État. — Hauriou, *Précis*, 10e édit. note (3), pp. 376 et 377. — Hauriou, *Précis*, 11e édit. pp. 308, 312, 324, 325 et notes (2) pp. 323-324, et (3) pp. 325, 326, 327.

(2) Rotschild, C. E. 6 déc. 1855, D. 1859, 3-34 : « Considérant qu'en cas de faute, de négligence ou d'erreur commises par un agent de l'administration, cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue, qu'elle se modifie suivant la nature et les nécessités de chaque service ; que, dès lors, l'administration seule peut en apprécier les conditions et la mesure ». Formule analogue à l'arrêt Blanco, Confl. 8 février 1873, D. 1873, 3-32, add. Blanco, C. E., 8 mai 1874, D. 1875, 3-54.

naire déterminé. Ainsi le critérium destiné à l'origine à dégager le seul cas de responsabilité possible devient un obstacle insurmontable à la mise en œuvre de la responsabilité du service qui est aujourd'hui la règle normale, et pratiquement la seule garantie effective des administrés. Cela est manifestement inacceptable (Cf Jèze, R.D.P. 1914, p. 582).

Reste à examiner le principe du non-cumul du point de vue de la logique juridique.

Un fait d'abord est certain. Sous la forme qu'on lui a très généralement donnée, il exprime une vue incomplète ou arbitrairement simplifiée de la question. Il suppose que le fait dommageable est dû, ou à une faute du service, ou à une faute du fonctionnaire; en un mot, à une cause unique. Il méconnaît la possibilité d'une coexistence de la faute du fonctionnaire et d'une faute ou d'une défaillance, entièrement distincte, du service, toutes deux réunies dans la réalisation du dommage; c'est-à-dire l'hypothèse, si fréquente pourtant en pratique, de la pluralité de causes en matière de délits ou de quasi-délits. A cet égard, et dans cette mesure, il est absolument insoutenable, et ses défenseurs les plus autorisés ont dû reconnaître la possibilité de pluralité d'actions, en cas de fautes jointes ou parallèles (Duguit, Traité, 2e édit. T. 3, p. 482 et s. — Revue du Droit public, 1923, p. 23 et s. — Hauriou, Précis, 10e édit., p. 379).

Si maintenant on examine le principe dans l'hypothèse en vue de laquelle il a été formulé, celle où il y a seulement une faute personnelle non compliquée par la présence d'une faute indépendante du service, il paraît fondé beaucoup plus sur une opposition de mots que sur l'étude des données de la question.

La faute personnelle est, dans ses conséquences, celle qui entraîne la responsabilité de l'agent. Dans sa nature,

elle est celle qui présente — abstraction faite de tout criterium particulier — des caractères tels que l'agent mérite d'encourir cette responsabilité.

La faute de service n'est pas, il faut le souligner, toute faute de service : c'est la faute d'un fonctionnaire déterminé qui n'a pas les caractères d'une faute personnelle et, par suite, n'engage pas sa responsabilité personnelle.

Sa notion est complémentaire de la notion de faute personnelle : elle suppose toujours, par sa définition même, la considération d'un fonctionnaire auquel on la rapporte.

Ainsi, les deux notions de faute personnelle et de faute de service n'épuisent pas le champ des fautes possibles de l'administration. Il comprend encore toutes les fautes qui proviennent de défaillances multiples, diffuses et non imputables à tel ou tel agent (1).

La notion de faute du service, dans sa généralité, comprend à la fois ces défaillances anonymes, les fautes de service, au sens spécial du terme, enfin les fautes personnelles des fonctionnaires.

Or, et c'est là le fait essentiel, la construction de la théorie générale de la responsabilité des services s'est faite en dehors de toute considération systématique relative à ces diverses catégories. Même dans la période où l'on acceptait sans examen la règle du non-cumul, la question de la faute personnelle et de la faute de service s'est posée surtout à propos de la compétence; rarement au sujet du fond.

Bien mieux, dans le plus grand nombre de cas, c'est sur la poursuite engagée contre le fonctionnaire qu'a été affirmée l'existence de la faute de service, alors que la question de responsabilité du patrimoine publi-

(1) Duez, *Resp. puiss. publ.* 12 et 13.

n'était pas même posée. On peut dire sans chance d'erreur que, dans la portée d'application relativement limitée de cette distinction, s'est maintenue la marque de son origine.

En fait, lorsque la juridiction administrative est appelée à statuer sur une action en responsabilité contre un service, elle n'envisage qu'une chose. Le service a-t-il ou non fonctionné normalement. Dans cette appréciation, elle n'use pas d'une mesure fixe. Chargée de concilier les intérêts des particuliers et ceux des personnes publiques, juge d'équité (1), elle se décide, d'après les circonstances, la nature du service, le degré d'importance du manquement reproché (2), l'importance du dommage subi. Mais elle fait mieux; dans son désir de réaliser ce qui est, au travers de la diversité des espèces, le but d'équité qu'elle poursuit; l'égalité des citoyens devant les charges publiques (3) et d'assurer l'indemnisation de ceux qui ont souffert un préjudice anormal du fait du fonctionnement des services, là où la faute ne se trouve pas, mais où le préjudice est considérable, elle fait intervenir, à titre en quelque sorte subsidiaire, la notion de risque qui engage le patrimoine public en dehors de toute faute (4).

---

(1) Blanco, *Conflits*, 8 février 1873, D. 1873, 3-22. — Blanco C. E., 8 mai 1874, D. 1875.3.54.

(2) Duez, *Resp. Puiss. Publ.* pp. 22 et S.

(3) Teissier, cité par Jeze, R. D. P. 1914, p. 577, et Jeze, *ibid.* — Duez, *op. cit.*, introd. VII, XV, et 61.

(4) Les auteurs sont partagés sur le fondement juridique de la responsabilité des services à risque, selon M. Duguit (Traité, 1re éd. p. 256-549 ; 2e éd. t. 3, p. 452 et s., 470). Faute, selon M. Hauriou (*Précis*, 8e éd. pp. 486-495; 10e éd. p. 374; 11e éd. p. 301-309, 310 et note (1), 323, 328 et note (1). Il nous semble, d'accord avec M. Duez que la jurisprudence

Si l'on applique ces données de jurisprudence au cas de la faute personnelle, on voit que celle-ci rentre nécessairement dans le champ de la responsabilité des services. La faute personnelle, à l'exception de cas extrêmes, où, en fait, la question ne se poserait même pas, touche toujours par quelque côté au service : « N'est-il pas vrai, écrivait M. Appleton au D. 1920, 3.1 et s., que la mauvaise organisation des services conditionne très généralement les défaillances individuelles ? Ne peut-on poser presque en règle absolue que le délit grave de l'agent eût pu être évité avec une plus stricte surveillance et une meilleure organisation? » N'est-ce pas aussi, peut-on ajouter, le service qui le met en rapport avec le particulier, et souvent le service qui lui donne les moyens exceptionnels de causer un dommage que ne pourrait causer une personne non investie des prérogatives d'un agent public.

On objectera vainement que la faute personnelle est une faute « détachable » du service, qu'elle constitue un fait du fonctionnaire « accompli à l'occasion du service » mais « étranger au service » (Duguit, 1re éd., t. 1, p. 549). Raisonner ainsi c'est, semble-t-il, se laisser abuser par la rigueur apparente d'une formule, comme il est advenu déjà à l'occasion de l'excès de pouvoir. En réalité, ainsi que le disait M. Blum dans ses Conclusions à l'arrêt Lemonnier, C. E. 26 juillet 1918 : la

---

accepte, à titre principal, la responsabilité pour faute ; à titre complémentaire, la responsabilité pour risques (Duez *ib.* pp. 2-24). Sur la responsabilité pour risques, Cames, 21 juin 1895, S. 97, 3-33, note Hauriou — Regnault-Desroziers, R. D. P. 1919, p. 239, D. 20, 3-6, note Appleton. S. 19, 3-25, note Hauriou. — Colas, 21 mai 1920, R. D. P. 20.406. Conclusions Corneille : A rapprocher de Ambrosini, C. E. 10 mai 1912, S. 1912, 3-161, note Hauriou. — Walther, C. E. 24 déc. 1926, S. 27.3.35.

faute peut se détacher du service, et c'est aux Tribunaux judiciaires, statuant sur la responsabilité de l'agent de le dire, mais « le service ne se détache pas de la faute ». Le service qui a permis ou conditionné la faute doit donc en subir la responsabilité (1).

Ainsi la théorie du non-cumul n'est pas seulement inéquitable pour le particulier lésé; juridiquement, et dans l'état de la jurisprudence sur la responsabilité des services, depuis une trentaine d'années, elle constitue une erreur, la méconnaissance de la portée de la notion de faute de service *stricto sensu* ; la méconnaissance de l'étendue véritable de la notion de faute du service.

On s'explique aisément, en raison de ses conséquences, que les particuliers victimes du fait personnel d'un agent se soient refusés à l'accepter et qu'ils aient toujours cherché, d'instinct, à associer la responsabilité de l'administration à celle de l'agent, en assignant solidairement l'un et l'autre devant les Tribunaux judiciaires. Ces tentatives étaient régulièrement repoussées (2). C. E. Currie c/ Etat et Joyer. 14 déc. 1906, D. 1908, 3-63; Cass. Ch. cr. 16 avril 1858, Douanes et Camus c/ M. P., D. 1858, 1-295.

---

(1) M. Duguit, malgré sa résistance de principe se rapproche, dans une certaine mesure, de cette conclusion. Il admet la responsabilité du service au cas de faute incluse, c'est-à-dire dans sa terminologie, de faute se présentant avec l'apparence d'un acte fonctionnel, et n'en différant que par l'objet ou le but poursuivi. — *Traité*, 2e éd. T. 3, p. 491 et s. — Voir à Laferrière, t. I., p. 652, un exemple donné par l'auteur et montrant la coexistence possible dans un même fait de l'acte administratif et de la faute personnelle.

(2) Fliniaux *Rev. Dr. Pub.* 1921, p. 336. La jurisprudence précise sur ce point est relativement rare. La plupart des espèces citées généralement ne se rapportent qu'à la question de compétence. V. Dall. Suppl. Rép. V. Res. n° 813. Appleton, note à D. 1920, 3-1.

« Toutefois, ainsi que le remarque exactement M. Fliniaux (Revue du Droit public, 1921, p. 337), il est bien rare que la justice ne finisse pas par triompher. Par la force même des choses, sous la pression des faits, la jurisprudence administrative allait, à partir de 1909, s'engager dans la voie du cumul ». Disons que M. Jèze, par ses excellents articles de la *Revue du Droit public* (1910, p. 76 — 1914, p. 569 — 1916, p. 378 — 1919, p. 41), lui en avait facilité l'accès.

II. — DU CUMUL DES RESPONSABILITES

A. — *Premières atteintes à la théorie du non-cumul*

On cite assez généralement (Jèze, Revue Dr. publ. 1910, p. 76; Blum, Conclusions arrêt Lemonnier, D. 1918, 3-9), comme ayant marqué le point de départ de la jurisprudence nouvelle, un arrêt du Conseil d'Etat du 12 février 1909 (Rec. p. 152, D. 1910, 3-111), et M. Fliniaux qui, d'ailleurs, en conteste la portée, s'y refère implicitement au passage reproduit en adoptant la date de 1909 (Duez. Resp, puis, publ., p. 157). Nous croyons qu'il est en réalité possible de faire remonter à une époque antérieure l'apparition du cumul en jurisprudence. Par un arrêt du 24 décembre 1904, que nous avons noté précédemment, le Tribunal des Conflits avait admis déjà l'existence d'une double responsabilité et la simultanéité possible de deux actions. Statuant à l'égard d'un maire qui avait fait à tort procéder à la démolition d'un mur, il décidait que « l'initiative prise par le sieur Balmigère constituait une faute personnelle que l'autorité judiciaire est compétente pour apprécier; que cette autorité est également compétente pour statuer

à l'égard de la Commune sur les conséquences de l'atteinte qui aurait été portée à la propriété ou à la possession du demandeur » (Montlaur et Mary c/ Balmigère, D. 1906, 3-58). Le jugement relevait ainsi deux faits distincts : une faute personnelle du maire et une voie de fait administrative (s. l'atteinte à la propriété ou à la possession considérée comme une voie de fait, Hauriou ; op. cit., p. 93). A l'égard des deux, elle admettait la compétence de l'autorité judiciaire; par application des principes généraux pour le premier; des règles protectrices de la propriété pour le second. C'était reconnaître explicitement le droit pour la partie lésée au cumul d'actions en cas de cumul de fautes.

Chose remarquable, cet arrêt qui posait, pour la première fois, une principe nouveau et si important, passa complètement inaperçu.

En 1909, la question du cumul se présenta à nouveau dans les circonstances suivantes. La Compagnie Commerciale de Colonisation du Congo Français, alors qu'un contrat de concession était intervenu antérieurement entre l'Etat et elle, éprouva un préjudice en raison des agissements de certains fonctionnaires locaux qui eurent pour effet de rendre plus difficile le recrutement de la main-d'œuvre indigène et d'entraver ainsi ses opérations commerciales. Elle réclama donc, de ce chef, une indemnité à l'Etat qui, entre autres fins de non-recevoir, opposa qu' « en tenant pour établis les faits allégués par la Compagnie, ces faits constituaient des fautes personnelles des fonctionnaires qui les ont commis et ne sont pas de nature à engager la responsabilité pécuniaire de l'Etat ». Ce moyen n'était, on le voit, que l'application de la règle du non-cumul. Il fut cependant repoussé par le Conseil d'Etat par le motif suivant : « En admettant même que ces actes aient constitué des fautes personnelles, ils n'en ont pas moins été accomplis par un agent de l'Etat dans l'exercice de

ses fonctions. S'il était établi qu'ils ont entravé l'exécution du contrat intervenu entre l'Etat et la partie requérante et qu'ils ont été la cause directe d'un réel préjudice pour la Compagnie, ils pourraient être de nature à engager la responsabilité de l'Etat. » (12 février 1909, loc. cit.) (1).

Quelle était l'exacte portée de cet arrêt? M. Jèze (Revue du Dr. publ. 1910, p. 76), y crut voir une dérogation à la règle admise jusqu'alors, « le point de départ d'une importante modification dans la théorie de la responsabilité des actes administratifs ». Cette interprétation a été acceptée par M. Blum en 1918 (Conclusions aff. Lemonnier, précitée). Mais M. Duguit, à notre sens, l'a justement repoussée : il ne s'agissait pas là « d'une responsabilité engagée par le mauvais fonctionnement d'un service public », mais d'une responsabilité pour faute dans l'exécution d'un contrat (Duguit, T. I, (1911. p. 550); en ce sens, Fliniaux loc. cit.; Duez Resp. puiss. publ., p. 161). Entre les deux thèses, il y a toute la différence de la faute délictuelle à la faute contractuelle. De même, nous ne voyons qu'une application de la théorie de la faute contractuelle dans la décision rendue par le Conseil d'Etat la même année (25 juin 1909, Carretier. Rec. p. 613; D. 1911, 5-56). Il s'agissait d'empêchements apportés par la faute d'agents du service vicinal à l'exécution d'un contrat d'entreprise intervenu entre un particulier et des communes.

Le Conseil d'Etat admit la demande d'indemnité de l'entrepreneur par ce motif qu' « en admettant même que ces agissements aient constitué des fautes personnelles, ils n'en ont pas moins été accomplis par des

(1) Nous avons emprunté à M. Fliniaux l'analyse de cette affaire.

agents des communes intéressées dans l'exercice de leurs fonctions et ont entravé l'exécution du contrat intervenu entre le sieur Carretier et ces communes; ils sont, par suite, de nature à engager la responsabilité de ces dernières. »

B. — *Arrêt Anguet*

Ces arrêts ne pouvaient suffire pour permettre d'affirmer un changement de jurisprudence. Cependant l'interprétation même qu'on en a donnée prouve que ce changement était désiré par de bons esprits. Il allait être réalisé, cette fois, sans aucun doute possible, par le Conseil d'Etat en 1911. L'espèce était la suivante : un particulier était entré dans un bureau de poste pour encaisser un mandat. Lorsqu'il voulut sortir, il trouva fermée la porte affectée au public, quoique l'heure réglementaire ne fût point sonnée. Sur l'invitation d'un employé, il pénètre alors dans la partie du bureau réservée au personnel pour gagner une autre issue. Mais deux employés, qui s'occupaient au maniement de valeurs postales, trouvant qu'il passait trop lentement, se jetèrent sur lui et le poussèrent si violemment dans la rue qu'il fut renversé et se fractura la jambe.

La faute personnelle des deux employés était évidente. Poursuivis correctionnellement, ils furent condamnés. A ce moment, la victime, qui ne s'était point constituée partie civile, adressa une réclamation au Ministre des Travaux publics, et, sur rejet, se pourvut en Conseil d'Etat. Elle alléguait, à l'appui de son recours, que la cause initiale de l'accident résidait dans un mauvais fonctionnement du service résultant, soit de la fermeture prématurée de la porte destinée au public, soit de la mauvaise disposition de la porte destinée aux employés. Ainsi le service était actionné, non comme garant de la faute de ses agents, mais

comme responsable d'une faute nettement définie, qui avait conditionné la faute de ceux-ci. Le Conseil d'Etat accepta cette manière de voir et accueillit favorablement la demande. Il retint comme une faute du service le fait que la porte donnant passage au public avait été fermée avant l'heure, et il décida que, « dans ces conditions, l'accident dont le requérant avait été victime par suite de sa brutale expulsion de cette partie du bureau devait être attribué, quelle que fût la responsabilité personnelle encourue par les agents auteurs de l'expulsion, au mauvais fonctionnement du service public, que, dès lors, le sieur Anguet était fondé à demander à l'Etat réparation du préjudice qui lui avait été causé par ledit accident. » (Anguet, C. d'Etat. 3 février 1911, S. 1911, 3-137; D. 1913, 3-26).

Cet arrêt fut très bien commenté par M. Hauriou qui écrivit (S. 1911 précité) : « ...l'Administration n'est point solidairement responsable des fautes de ses employés, mais... si la faute personnelle des agents est venue se greffer sur une faute de service, la responsabilité de l'Administration accompagne la responsabilité solidaire des agents ». Il concluait ainsi : « Il ne faut point affirmer que jamais l'Administration et ses agents ne peuvent être déclarés responsables dans la même affaire. Ils peuvent l'être quand la faute personnelle des agents aura été accompagnée d'une faute de service de l'Administration. Les deux responsabilités se cumulent, quand les deux fautes se cumulent, pas autrement. »

C. — *Autres décisions*

Depuis ce moment, une série de décisions émanées tant du Conseil d'Etat que du Tribunal des Conflits, ont consacré le principe de la double responsabilité.

— 22 Mai 1912, Conseil d'Etat (Dame Augé-Chiché, Rec., p. 600, D. 1915, 3-3). Un jeune soldat est victime d'un homicide par imprudence, alors que l'on procède à la reconstruction d'une caserne. La mère poursuit à la fois l'Etat et l'entrepreneur en réparation du préjudice que lui cause cette mort. Le Conseil d'Etat décide que l'action contre l'Etat est distincte de celle résultant du délit d'homicide par imprudence : « qu'elle dérive non d'un délit, mais d'un dommage causé par l'exécution d'un travail public; que ces deux actions sont soumises à des règles différentes, et que les prescriptions opposables à la première sont sans application à la seconde. »

— 2 Mai 1914, Tribunal des Conflits (Provost, Rec., p. 531). Des travaux publics sont exécutés dans la cour d'une école communale. Un cantonnier ouvre une tranchée, mais néglige de l'éclairer et de l'entourer d'une barrière. Une fillette de l'école, traversant la cour, tombe dans la tranchée et se tue. Le père de la victime actionne devant la juridiction civile le cantonnier et la commune, cette dernière comme civilement responsable. Conflit. — Statuant sur la compétence, le Tribunal des Conflits admet implicitement une double responsabilité : il assigne aux Tribunaux judiciaires la connaissance de la faute personnelle de l'agent; au Conseil de Préfecture, celle de la faute du service (il s'agit de travaux publics).

— 16 Juillet 1914, Conseil d'Etat (Babouet, Rec., p. 882; D. 1920, 3-5). Au cours de travaux de pose de fils téléphoniques, par suite d'une faute imputable au contremaître chargé de leur direction, un de ces fils tombe sur un trolley, dont il emprunte le courant, et vient à toucher deux passants. L'un est électrocuté, l'autre grièvement brûlé. Poursuivi en correctionnelle, le contremaître est condamné pénalement et, en même temps, sur la constitution des parties civiles, à des

dommages-intérêts envers les victimes. Celles-ci ou leurs ayants droit avaient par ailleurs introduit une action contre l'Etat en Conseil de Préfecture. Celui-ci la rejeta par ce motif que, l'accident étant dû à la faute personnelle du contremaître, l'Etat n'en saurait être déclaré responsable. Statuant sur appel, le Conseil d'Etat réforma cette décision : « Cet accident étant la conséquence de travaux de l'Etat, et la circonstance que le contremaître Lajugie aurait été condamné personnellement pour imprudence dans la direction des travaux par l'autorité judiciaire à des dommages-intérêts envers le sieur Babouet ne pouvant avoir pour effet de priver ce dernier du droit de poursuivre directement contre l'Etat la réparation du préjudice par lui souffert

— 23 Juin 1916, Conseil d'Etat (Thévenet, Rev. du Dr. publ. 1916, p. 378. S. 1923, 3-2) (1). Par suite de l'établissement défectueux d'un tir à la carabine tenu par un sieur Lourdin, le sieur Thévenet est frappé, alors qu'il vaquait à ses occupations dans sa maison, d'une balle à l'œil gauche, dont il doit subir l'énucléation. Thévenet s'adresse d'abord à la commune, pour lui demander réparation. Sur son refus, il poursuit le sieur Lourdin devant la juridiction civile et obtient de la Cour d'Appel de Grenoble la condamnation de ce dernier en 3.500 francs de dommages-intérêts. Lourdin étant insolvable, il se retourne alors contre la commune pour obtenir paiement de ces 3.500 francs. Sa réclamation restant sans réponse, il saisit le Conseil d'Etat. Le Conseil, après avoir constaté : « qu'il résulte de l'instruction que le rideau protecteur en métal du tir était en mauvais état et déjà perforé en plusieurs endroits », que « Thévenet n'a pu obtenir

(1) La Cour de Cassation a appliqué à un tir forain la présomption de l'art. 1.384. — Cass. 25 juillet 1927, S. 28.1.89.

le paiement de l'indemnité mise à la charge du sieur Lourdin qui serait insolvable », considérant « que l'autorité municipale chargée de veiller à la sécurité des places et voies publiques a négligé de s'assurer que l'installation et l'emplacement du tir offraient des garanties suffisantes pour cette sécurité », décide « qu'il y a lieu, dans ces circonstances, de déclarer la commune de Saint-Sorlin-de-Morestel responsable des conséquences de l'accident... ».

Cet arrêt, rendu sur de remarquables conclusions du Commissaire du Gouvernement Corneille, a été commenté par M. Jèze aux notes de jurisprudence de la Revue du Droit public : « Le Conseil d'Etat vient d'admettre l'action en responsabilité, contre le patrimoine administratif, écrivit-il, à côté de l'action en responsabilité contre le particulier auteur du fait dommageable ». Et, envisageant la répercussion de l'arrêt sur l'hypothèse où le dommage aurait été causé par la faute personnelle d'un agent public : « Si l'Administration peut, dans certains cas, être déclarée responsable du préjudice causé par un non-fonctionnaire pourquoi le patrimoine administratif ne serait-il pas aussi déclaré responsable du fait dommageable émané d'un fonctionnaire commettant une faute personnelle? — En effet, d'après la théorie courante, le fonctionnaire qui commet une faute personnelle ne doit pas être considéré comme un agent public. C'est, dit-on, un simple particulier. » (Rev. Dr. publ. 1916, p. 379).

En même temps, il soulignait le caractère de la responsabilité mise à la charge du service : « La responsabilité du patrimoine administratif communal est une responsabilité pour une faute, pour négligence commise par les agents communaux. Ce n'est pas la responsabilité pour risque, ni la présomption légale et irréfragable de faute du commetttant pour les actes domma-

geables de son préposé. C'est une faute séparable qui n'est pas présumée et qui doit être prouvée à la charge des agents de la commune. » (*Ibid.* p. 388).

— 15 Mars 1918. Conseil d'Etat (Baudelet. Rec. p. 259; D. 1920, 3-6). Un sous-officier avait rapporté des tranchées une grenade non éclatée. Voulant dévisser l'engin, il provoqua son explosion et causa ainsi la mort de deux personnes qui habitaient la maison où il était cantonné. Le Conseil d'Etat, statuant sur la demande d'indemnité formée contre l'Etat, admit explicitement la coexistence possible des deux responsabilités : « Considérant que, dans les circonstances de fait ci-dessus relatées (la connaissance qu'avait eue l'autorité militaire de la détention par le sous-officier de grenades, et son inaction devant ce fait interdit), et quelle que puisse être la responsabilité personnelle du sous-officier qui a provoqué l'explosion, l'accident doit être regardé comme la conséquence de la faute du sérvice public, de nature à engager vis-à-vis des tiers la responsabilité de l'Etat. »

Ici encore, le Conseil d'Etat détache nettement une faute du service, indépendante de celle commise par l'agent (1).

---

(1) On peut rapprocher de cet arrêt celui du Tribunal des Conflits du 6 mai 1918 (Lempereur, Rec. p. 417). A la suite du cantonnement de troupes dans l'immeuble d'un particulier, celui-ci constate la disparition de son mobilier, le Tribunal des Conflits saisi sur la procédure engagée par le propriétaire décide : « que le dommage a été la conséquence de l'usage collectif et sans ménagement par la troupe de la propriété du Sr. Lempereur, que dès lors sans qu'il y ait lieu de rechercher si des faits particuliers pourraient être imputés individuellement aux soldats..., ce dommage doit être regardé comme ayant été occasionné par les troupes dans leurs logements ou cantonnements ainsi que le prévoit l'art. 14 de la loi du 3 juillet 1877 ».

D. — *Arrêt Lemonnier. Le Conseil d'Etat admet le cumul*

— 26 Juillet 1918, Conseil d'Etat. Lemonnier (Rec. p. 761, D. 1918, 3-9. — S. 1918-1919, 3-41 ; Rev. du Dr. publ. 1919, p. 41). Cet arrêt, par la netteté de ses attendus, par l'exacte position qu'il donne de la question, et aussi par les remarquables conclusions de M. Blum, sur lesquelles il a été rendu, mérite un développement particulier.

Dès l'époque où il a été rendu, il a été considéré comme un arrêt de principe, et la jurisprudence postérieure lui a gardé ce caractère (cf. Hauriou, au Sirey). Les faits étaient les suivants. A l'occasion de la fête annuelle de la commune de Roquecourbe (Tarn), et conformément à un usage immémorial, des tirs sur buts flottants avaient été organisés sur la rivière l'Agout, qui traverse cette commune. Un ingénieur de Castres, M. Lemonnier, s'étant engagé en compagnie de sa femme sur un chemin longeant la rivière, nouvellement ouvert au public, celle-ci fut atteinte par une balle et grièvement blessée. Les époux Lemonnier assignèrent, à la suite de cet accident, M. Laur, Maire de Roquecourbe, pris en qualité de représentant de la commune, et en tant que de besoin en son nom personnel, devant le Tribunal civil de Castres. Le Tribunal, par jugement du 9 novembre 1911, rejeta au fond l'action dirigée contre le Maire personnellement, la faute qui lui était reprochée ne se détachant pas de l'exercice de la fonction municipale, et se déclara incompétent sur l'action dirigée contre le Maire, représentant légal de la commune, la faute incriminée se rattachant, selon lui, à l'exécution d'un service de police et ne pouvant, par suite, être mise en cause devant les tribunaux judiciaires.

Sur appel, la Cour de Toulouse, le 30 janvier 1913, confirma le jugement de Castres, en tant qu'il déclarait l'autorité judiciaire incompétente pour connaître de l'action dirigée contre la commune, mais le réforma en ce qui concernait la responsabilité personnelle du maire, celui-ci « s'étant rendu coupable d'une faute grossière et inexcusable », « qui n'était pas, en droit, l'exercice de sa fonction ». Pour établir la faute personnelle, la Cour relevait « qu'il avait manqué à son devoir en autorisant l'établissement d'un tir dans des conditions telles que les projectiles devaient, si le but n'était pas atteint, frapper la rive opposée et menacer les promeneurs; que si, les années précédentes, les tirs avaient été installés au même endroit, le danger était moindre, une allée n'étant pas alors aménagée sur l'autre rive et ouverte au public; qu'averti, dans la journée, que les balles des tireurs arrivaient jusqu'aux promeneurs, il avait, au lieu de mettre le tir en interdit, pris des dispositions qui n'atténuèrent qu'insensiblement le risque; que rien ne pouvait excuser une pareille imprudence; Que le sieur Laur s'était rendu coupable d'une véritable infraction à la loi pénale pouvant être qualifiée de blessures par imprudence; que cette faute se détachait nettement de l'exercice de sa fonction et devait être sanctionnée par la juridiction civile ». En conséquence, elle condamnait le sieur Laur, personnellement, à payer aux époux Lemonnier la somme de 12.000 frs à titre de dommages-intérêts. — Mais, entre temps, avant que la Cour se fût prononcée, les époux Lemonnier avaient intenté une action en responsabilité devant le Conseil d'Etat contre la commune de Roquecourbe, pour faute de service. De son côté, le sieur Laur se pourvut en Cassation contre l'arrêt de Toulouse. Le 30 juin 1914, son pourvoi était admis par la Chambre des Re-

quêtes (1). L'affaire se présentait donc au Conseil d'Etat sous la forme d'une demande en indemnité dirigée contre un patrimoine administratif, pour faute de service, alors que la faute de l'agent, poursuivie à part, avait été déjà sanctionnée par l'autorité judiciaire. La question qu'il avait à résoudre était ainsi la question du cumul de ces responsabilités, explicitement posée, et dans les termes les plus nets. A l'audience, M. le Commissaire du Gouvernement Blum fit un exposé approfondi des principes applicables en la matière. Examinant la règle établie par le Tribunal des Conflits sur la responsabilité des fonctionnaires et ses conséquences quant à la responsabilité des services, il en exprima l'effet dans ces termes : « L'état actuel du droit est l'irresponsabilité de principe de l'agent, la responsabilité de principe du service », et, précisant le caractère de cette dernière : « Par suite, cette responsabilité de l'Etat ou des autres personnes publiques n'est, à aucun degré, celle de l'art. 1384. Ce n'est pas comme patron que les personnes publiques sont responsables. La responsabilité du patron est une responsabilité de garantie, une responsabilité secondaire qui suppose nécessairement la responsabilité principale du préposé, auteur du dommage... La responsabilité du service étant le principe, il s'ensuit qu'il suffit qu'il y ait mise en cause possible du service pour que la faute de l'agent ne puisse être recherchée, et sa responsabilité *exceptionnelle* poursuivie, mais il s'ensuit

(1) L'arrêt de Toulouse a été cassé, le 5 janvier 1921, par la Chambre civile. (Gaz. Pal. 7 février 1921. D. 1921, 1-17, note Appleton ; S. 1922 ,1-177, note Mestre) ; attendu qu'il ne s'agissait pas d'une faute personnelle « mais en réalité d'une prétendue insuffisance des mesures prises par le maire dans l'exercice de ses fonctions municipales, pour prévenir les dangers d'un tir qu'il avait autorisé ».

également et, par une conséquence non moins nécessaire, qu'il ne suffit pas qu'il y ait mise en cause possible de l'agent pour que la faute du service soit couverte et pour que l'Etat échappe à sa responsabilité normale. Le juge civil n'est compétent que lorsque la faute de l'agent se détache complètement du service, le juge administratif ne serait incompétent que si le service se détachait d'une façon totale de la faute présumée de l'agent. Il y a donc coexistence possible... ». Il montrait comment, alors même qu'elle constituerait un délit de droit commun, la faute personnelle pouvait engager la responsabilité du service : « Si elle a été commise dans le service, si la victime n'a été mise en présence du coupable que par l'effet du jeu du service; si, en un mot, le service a conditionné la faute ou la production de ses conséquences dommageables vis-à-vis d'un individu déterminé, le juge administratif, alors, pourra, devra dire : « La faute se détache peut-être du service et aucune fin de non-recevoir ne peut être tirée contre la seconde de la possibilité et de l'existence de la première ». Reprenant enfin les décisions que nous avons reproduites et qui venaient à l'appui de sa thèse, il concluait : « Ce n'est pas là une simple théorie, mais l'analyse d'une jurisprudence déjà acquise. »

Cette doctrine fut adoptée par le Conseil d'Etat qui décida, interprétant et complètant ainsi sa propre jurisprudence : « que la circonstance que l'accident éprouvé serait la conséquence d'une faute d'un agent administratif préposé à l'exécution d'un service public, laquelle aurait le caractère d'un fait personnel de nature à entraîner la condamnation de cet agent par les Tribunaux de l'ordre judiciaire à des dommages-intérêts, et que, même cette condamnation aurait été effectivement prononcée, ne saurait avoir pour conséquence de priver la victime de l'accident du droit de poursuivre

directement, contre la personne publique qui a la gestion du service incriminé, la réparation du préjudice souffert... ».

E. — *Cet arrêt a fixé la jurisprudence*

L'arrêt Lemonnier marquait l'aboutissement d'une évolution de neuf années. Il était aussi la consécration du travail doctrinal de M. Jèze. Celui-ci pouvait écrire : « Les idées par lesquelles il convient de justifier cette jurisprudence sont celles développées en 1910 et en 1914 dans cette Revue. » (*Revue du Droit public*, 1918, p. 42).

La décision portait en effet sur le fond même de la question. Il n'y avait ni faute contractuelle, comme dans l'affaire de la Compagnie Coloniale du Congo français, de 1909, ni faute parallèle, comme dans l'affaire Anguet, de 1911, ni faute possible de surveillance comme dans l'affaire Baudelet de mars 1918, ni possibilité d'invoquer la législation des réquisitions militaires comme dans l'affaire Lempereur, de mai 1918, ou celle des travaux publics comme dans l'affaire Babouet de 1914, ni faute d'un tiers comme dans l'affaire Thévenet, de 1916, ni interprétation des considérants d'un arrêt, comme dans l'affaire Provost de 1914. La difficulté s'était présentée entière au Conseil d'Etat, et il l'avait résolue *in terminis*. C'était vraiment l'affirmation d'une jurisprudence nouvelle.

F. — *Sa portée est contestée à tort*

M. Duguit, cependant, en contesta la portée.

Dans un article de la *Revue du Droit public*, 1923, il écrivait : « Dans l'affaire Lemonnier... la haute juridiction ne fonde pas la condamnation qu'elle prononce

contre la commune sur la faute personnelle du maire. A ma connaissance, on ne trouve pas un seul arrêt du Conseil d'Etat fondant la responsabilité de l'Administration expressément et exclusivement sur la faute personnelle du fonctionnaire ».

C'était parfaitement exact, mais cela n'était pas la question. Fonder la responsabilité du service sur la responsabilité de la faute du préposé serait lui appliquer, de principe, la responsabilité du commettant, celle de l'article 1384. Cette thèse a toujours été condamnée par la jurisprudence administrative. Nul ne demandait au Conseil d'Etat de revenir sur cette jurisprudence. Ce qui était en cause, c'était uniquement de savoir si l'existence d'une faute personnelle, par elle-même et toujours, entraînait l'exonération du service; c'était la théorie du non-cumul. En répondant que l'existence d'une faute ayant le caractère d'un fait personnel ne pouvait priver la victime de son recours contre le service, le Conseil d'Etat tranchait la question sans équivoque possible.

Dans une note assez dense au Sirey, M. Hauriou parut vouloir ramener la décision à l'appréciation d'une fin de non-recevoir tirée de la condamnation déjà prononcée contre le sieur Laur par les tribunaux judiciaires (S. 1918, 3-41). C'était là, semble-t-il, en méconnaître la portée (1). Un peu plus tard, dans la 10e édition de son *Précis*, en 1921, il la rapportait sans aucune interprétation, enseignant toujours la théorie du non-cumul, à l'appui de laquelle il invoquait un arrêt antérieur du Tribunal des Conflits du 17 novembre 1917 (2), et sans apporter à cette théorie d'autre exception que celle résultant de la faute jointe. (*Précis*, p. 379).

---

(1) Cf. DUEZ. *Resp. puis. publ.* 164.

(2) Conflits. BAILLY, 17 novembre 1917. Rec. Lebon, p. 735, D. 1918, 3-4. — Cet arrêt a été invoqué dans le même sens

Dans la même note, M. Hauriou reprochait, en outre, à l'arrêt Lemonnier d'être onéreux aux Caisses publiques et dangereux pour la liberté par l'effacement qu'il réalisait du fonctionnaire derrière le service.

Ces critiques non plus ne semblent pas décisives. Il est peu à prévoir que les actions en responsabilité obèrent jamais gravement les finances publiques. Le Conseil d'Etat en a le souci et, d'autre part, les services ne fonctionnent pas si mal, que la fréquence des condamnations puisse devenir inquiétante.

Quant au danger résultant pour la liberté de ce que le fonctionnaire n'aurait plus à craindre d'action en responsabilité de la part des particuliers, portés à la solution facile de l'action contre le service, il peut sembler également problématique.

Le Conseil d'Etat est loin, imposant d'aspect, et d'abord coûteux quand il s'agit de contentieux de pleine juridiction. Bien des victimes préfèreront toujours s'adresser au Tribunal civil, centre de la vie judiciaire courante, plus proche, d'accès facile.

D'autre part, dans de nombreux cas, le plaideur demande à sa poursuite moins une satisfaction pécuniaire que la satisfaction morale d'une condamnation personnelle. Celle-ci ne peut résulter que d'une action contre l'agent.

---

par M. Duguit. (Traité t. 3, p. 492-493). La portée attribuée par les savants auteurs, à cette décision est très discutable. Le Tribunal des Conflits, statuant à l'occasion de poursuites exercées contre des agents du ravitaillement pour faute commises dans l'exercice des réquisitions militaires, décide que les faits ayant le caractère de faits de service, l'action ne pouvait être dirigée que contre l'Etat. M. Duguit en déduit a contrario que s'ils avaient eu le caractère de faits personnels, l'action n'eût pu être dirigée que contre les agents.

La coexistence des responsabilités, si elle est une garantie pour le particulier, n'est pas une assurance d'irresponsabilité pour le fonctionnaire.

G. — *Aucune décision n'est revenue sur ces principes*

Quelle que fût, au surplus, la valeur de ces critiques, on peut dire que, depuis l'arrêt du 26 juillet 1918, la jurisprudence n'est jamais revenue sur le principe qu'il avait admis. Elle a fait couramment l'application du cumul des responsabilités, avec ou sans cumul des fautes.

Elle a écarté la responsabilité du service, là où le fait se présentait sans avoir, à aucun degré, le caractère fonctionnel, et où aucune faute n'apparaissait à la charge de l'Administration.

La règle admise par l'arrêt Lemonnier, il ne faut aucune méprise à cet égard, est en effet celle de la possibilité du cumul; elle n'est pas celle de la nécessité du cumul. Ce qui fait son fondement logique, c'est la participation du service à l'acte dommageable. Là où l'acte est commis sans aucun lien avec le service, il est manifeste que celui-ci ne peut encourir aucune responsabilité.

C'est en raison de circonstances de fait que, dans une série d'espèces d'apparence très voisines, le Conseil d'Etat a pu, selon le cas, retenir ou repousser la responsabilité du service: C. E., 9 mars 1923. De la Villesbrune, Lebon, 234. — Vol effectué par des soldats américains. Le Conseil décide que « le dommage étant la conséquence de délits de droit commun », et « aucune faute n'étant imputable aux agents de l'autorité américaine » (ce qui réserve l'hypothèse de la faute jointe), la responsabilité de l'Etat français, substitué au gouvernement américain par la Convention du 1er décembre 1919, ne

saurait être engagée. — Même décision dans les arrêts Dourdent, C. E., 19 mai 1922, S. 1924, 3-9, et Gaspard, 23 juin 1922, S. 1924, 3-9. Note Hauriou Il s'agissait de meurtres commis par des travailleurs chinois employés par l'armée britannique. Le fait était en lui-même manifestement étranger au service. Le Conseil d'Etat le précise en ces termes, identiques dans les deux espèces : « Considérant que la mort du sieur..., assassiné par des travailleurs chinois, employés par l'Armée britannique, étant la conséquence d'un crime de droit commun, ne saurait engager la responsabilité de l'Etat français substitué au Gouvernement britannique en vertu de la Convention du 18 décembre 1915, qu'au cas où l'on pourrait relever à la charge du service public une faute d'une particulière gravité », ce qui réserve ici encore l'hypothèse de la faute jointe. C'est à tort, certainement, que M. Hauriou (note au S. précitée) déclarera voir dans ces arrêts une sorte de recul de la jurisprudence. — Le 14 décembre 1927, le Conseil d'Etat, statuant à l'occasion de blessures faites par un soldat américain à un employé de chemins de fer, déclarera l'Etat responsable (Ch. f. Paris à Orléans c/ Ministre de la Guerre, C. E. 14 décembre 1927, Lebon, p. 1207), cependant que, le 22 juin 1927 (Dme Vve Martin G. P. 27, 2.361, Lebon, pp. 689-690), saisi des suites d'un meurtre, également commis par un soldat américain, il refusera toute indemnité... l'acte, « dans les conditions où il s'est produit », « se détachant du service, et aucune responsabilité ne pouvant être relevée de nature à engager la responsabilité de l'Etat français. » (1).

Ces décisions réservaient expressément le cas de faute jointe. Le Conseil d'Etat avait déjà statué à cet égard

---

(1) Voir dans le même sens, C. E. 25 juillet 1919. SQUEREN, REMONTÉ, 25 juillet 1919, les deux arrêts à Lebon, p. 690.

et retenu la responsabilité du service, dans l'affaire Lhuillier, 14 novembre 1919. Lebon, p. 819. — Un soldat, cantonné dans une maison, avait, en état d'ivresse, tué un jeune garçon d'un coup de fusil. Le fait était nettement étranger au service, mais il avait été rendu possible par sa défaillance, que l'arrêt relève ainsi : « Considérant que le soldat Tisserand a pu s'enivrer, provoquer des désordres, enfin faire usage de ses armes et tuer le jeune Lhuillier, sans que ces actes, à raison desquels le soldat Tisserand a été condamné à mort par l'autorité militaire, aient donné lieu à aucune intervention; que l'ensemble de ces circonstances dénote une absence de surveillance qui constitue à la charge de l'Etat une faute engageant sa responsabilité... » (Rev. Dr. publ. 1921, p. 344).

Le 13 mars 1925, affaire Clef, D. H. 25-351, S. 1926, 3-37 — D. P. 1926, 3-15, R. D. P. 1925, p. 274. — Le Conseil décidera semblablement qu'un particulier qui, arrêté le soir du 1er mai 1920, et qui, conduit à une caserne pour y être interrogé, y a été l'objet de violences exercées par des militaires au repos et placés sous la surveillance de leurs chefs, est fondé à demander et à obtenir du Ministre de la Guerre, une réparation (en l'espèce 1.000 francs), « ces actes n'ayant pu être accomplis que par suite d'un manque de surveillance de l'autorité militaire » et « ainsi indépendamment de la faute personnelle commise par les auteurs de ces actes », « une faute devant être relevée à la charge de ce service ».

Avec les espèces touchant à la responsabilité des accidents occasionnés par les automobiles de l'Etat, les deux fautes, la faute personnelle et la faute de service tendent à se confondre. Le Conseil d'Etat emploiera, dans la rédaction de ses arrêts, indifféremment les deux formules; sans égard particulier pour les exigences de la langue juridique. — Laissant de côté l'affaire

Blampain, C. E., 23 novembre 1918, D. 1920, 3-6, où est retenue la responsabilité de l'Etat malgré l'acquittement du conducteur, à raison d'une faute précise (défaut d'éclairage), on se trouve en présence d'une très longue série d'arrêts, où la responsabilité du service est reconnue, malgré la faute soigneusement notée du conducteur, et tout comme si elle était la conséquence de celle-ci. — Epoux Guinot, C. E. 25 Juillet 1919, D. 1920, 3-7, « considérant que l'accident est entièrement imputable à l'imprudence du conducteur d'un camion automobile militaire, laquelle engage la responsabilité de l'Etat. » — Remonté, C. E. 25 Juillet 1919 — Lebon, p. 690 (*a contrario :* considérant qu'il n'est établi à la charge du conducteur... aucun fait de nature à engager la responsabilité de l'Etat. » — Zénith, C. E. 26 Décembre 1923, Lebon, 1923, p. 885, G.P. 8 Février 1924 : « considérant... que l'accident doit être imputé à la faute du conducteur qui n'a pas observé les règlements de police... » — Gandaubert et autres C. E. 26 Décembre 1923, Lebon, p. 885 : « considérant que l'accident aux suites duquel le sieur Gandaubert a succombé, est entièrement imputable à la faute du conducteur d'une automobile militaire; qu'ainsi les enfants du Sieur Gandaubert sont fondés à demander à l'Etat la réparation du préjudice causé par la mort de leur père... » — Ponti, C. E. 21 Novembre 1924, D. H. 1925, 9-10 : « considérant que le sieur Ponti... a été renversé... par un camion appartenant au Ministère de la Marine... que ledit accident est imputable uniquement à une faute du conducteur.. que le requérant est fondé à demander que l'Etat soit tenu de réparer intégralement le préjudice qu'il a souffert... »

Société d'Assurances « Les Travailleurs Français », C.E. 22 Décembre 1924, D. 1925, 3-9, note Appleton, S. 1926, 3-1, note Hauriou. — Arrêt dont la rédaction

accuse de façon évidente l'influence du changement apporté à cette époque par la Cour de Cassation dans l'interprétation de l'article 1384 (1) : « considérant que les conditions particulièrement dangereuses de la circulation à l'heure actuelle doivent faire admettre une présomption de faute à la charge du conducteur... » « que cette présomption peut être détruite par la preuve que l'accident est, dans l'espèce, imputable, soit à une cause étrangère à son auteur, soit à un cas fortuit ou de force majeure... » (Responsabilité de l'Etat dégagée, l'accident étant imputable à un cas fortuit). M. Appleton à sa note au Dalloz, loc. cit., tout en soulignant la hardiesse avec laquelle le Conseil d'Etat acceptait les innovations du droit privé, dès qu'elles lui paraissaient utiles, sans autre règle que sa propre prudence, s'étonna de voir les conducteurs d'auto soumis ainsi à une responsabilité plus stricte que les autres fonctionnaires ; à une présomption de faute personnelle. « N'eût-il pas été mieux inspiré, écrivit-il, en passant sous silence la faute de l'agent, en n'envisageant que la faute du service ? »

M. Hauriou, dans sa note au Sirey, vit au contraire, dans la faute ainsi présumée, une faute de service. Il écrivit : « Le Conseil d'Etat reste fidèle à la donnée générale du fait de service, c'est-à-dire à la théorie de la faute administrative, parce qu'il s'agit de responsabilité de l'Etat, et non pas de la responsabilité personnelle du conducteur, et puisque le Conseil d'Etat ne se déclare pas incompétent, ce qu'il n'eût pas manqué de faire s'il eût entrevu dans l'affaire une responsabilité civiliste » (S. 1926, 3-1).

La formule de l'arrêt du 22 Décembre 1924 allait passer dans des arrêts postérieurs, qu'il serait sans

(1) Cass. Civ. 29 juillet 1924, D. 1925, 1-5, note Ripert

intérêt d'examiner (1). A ne considérer que la théorie du cumul, cette jurisprudence, dans la forme où elle s'exprimait, ne pouvait être considérée sans interprétation comme absolument décisive. La contradiction des deux auteurs précités en est la preuve. En fait, on touchait à une matière neuve, et très spéciale. Il pouvait y avoir, selon l'espèce, faute du conducteur, au point de vue civil, et même pénal (2), ou seulement présomption de faute ne pouvant sans injustice entraîner pour l'agent de responsabilité personnelle. A ne considérer que la moyenne des cas, on pouvait admettre qu'il y avait étroite union, presque confusion, de ces deux fautes.

Cependant, si l'on s'en tenait aux résultats, ils se rapprochaient de ceux de la théorie du cumul, puisque, quelle que fût la faute de l'agent, la responsabilité du service était engagée.

L'arrêt Bodson, C. E. 29 Décembre 1926, Lebon 1926, 1-186., S. 1927, 3-107, note Hauriou — vint apporter à la question une contribution plus précise. Un sieur Halgrain, conducteur de camion automobile du service de la reconstitution industrielle, était entré en collision avec la voiture de la dame et de la demoiselle Bodson. Poursuivi devant le Tribunal civil d'Avesnes, il fut condamné en 50.000 frs de dommages-intérêts.

---

(1) La Préservatrice, C. E. 9 novembre 1925. D. H. 26. — La présomption de faute est écartée par le Conseil d'Etat, en cas de transport gratuit. Dme Liévin, C. E. 23 juillet 1926, D. 1926, 3-60, note anon. et renvois.

(2) Le tribunal des Conflits, aff. Bousquet, Subra, 11 juillet 1927, S. 1928, 3-5 (note anon.) a refusé de voir un fait personnel dans l'accident mortel causé par un lieutenant du train qui conduisant en service commandé, avait commis un excès de vitesse.

Entre temps, ou postérieurement, les dames Bodson adressèrent au Ministre de la Guerre, une demande d'indemnité, qui fut rejetée. Cette décision fut déférée au Conseil d'Etat. L'affaire se présentait donc nettement sous la forme d'une action en responsabilité de service, alors qu'une faute personnelle avait été reconnue par l'autorité judiciaire; position identique à celle de l'affaire Lemonnier. Le Conseil d'Etat devait y donner une réponse identique. Repoussant la fin de non-recevoir tirée de la condamnation prononcée par le Tribunal d'Avesnes, il déclara « que cette condamnation ne faisait point obstacle à ce que les requérantes puissent intenter devant la juridiction administrative une action tendant à mettre en cause la responsabilité de l'Etat « et statuant au fond » que les circonstances particulièrement dangereuses de la circulation automobile devaient faire admettre une présomption de responsabilité à la charge du conducteur... que ce conducteur était en service commandé, que cette faute de service engageait la responsabilité de l'Etat. » (1)

Malgré les conditions où il avait été rendu, l'arrêt Bodson, à raison des principes spéciaux admis en matière d'accident d'automobile; et de la présomption de responsabilité assez mal définie qui s'y rattache, pouvait laisser subsister quelque incertitude.

Un arrêt du Conseil d'Etat du 9 Novembre 1928 — Rapin (S. 1929, 3-32, note anon. — D. 1929, 3-3, note Appleton), statuant dans une hypothèse de faute personnelle nettement caractérisée, a, s'il était besoin, levé cette incertitude et confirmé le principe du cumul, en des termes parfaitement nets.

---

(1) Adde. Syndicat de Garantie du Bâtiment, C. E. 14 décembre 1927. S. 1928, 3-23. Faute du conducteur reconnue par le Ministre : responsabilité de l'Etat.

Un sergent aviateur quitte son camp pour faire un vol en service commandé. Il se rend à Bourg-la-Reine où habite sa mère, survole l'agglomération en se livrant à des exercices acrobatiques, heurte de son appareil des fils électriques et vient s'écraser sur le sol. Dans sa chute, il tue son mécanicien et une autre personne, blesse cinq personnes, et endommage plusieurs immeubles. La faute personnelle est patente ; on chercherait vainement, croyons-nous, la faute du service. Mais en même temps la faute se rattache indissolublement par son temps et par les moyens qui lui ont permis de s'accomplir, au fonctionnement du service. L'espèce se présente donc dans les conditions d'un cas type.

Le Conseil d'Etat, saisi de la réclamation des victimes, n'a pas esquivé la question. Il l'a résolue dans les termes suivants : « considérant que la circonstance que cet accident serait la conséquence d'une faute commise par le pilote de l'avion militaire, laquelle aurait le caractère d'un fait personnel de nature à entraîner la condamnation du pilote par les tribunaux judiciaires à des dommages-intérêts ne saurait priver la victime ou ses ayants cause du droit de poursuivre l'Etat responsable du fonctionnement du service public incriminé en réparation du préjudice souffert. »

La théorie du cumul est désormais bien assise. (Appleton, note précitée). (1)

---

(1) A rapprocher commune de Chailly-en-Brière, C. E. 26 juillet 1929, D. 1930, 3-1. Faute d'un agent chargé d'assurer le fonctionnement d'une pompe d'épuisement. L'espèce concerne la matière des travaux publics. Adde Vve Guiraud, C. E. 18 mars 1932, S. 1932 ,3-118, et Colmar, 13 octobre 1924, 17 novembre 1924, D. 1925, 2-62. Note Devaux.

III. — JURISPRUDENCE DE LA CHAMBRE CRIMINELLE DE LA COUR DE CASSATION

La question du cumul ne se pose qu'autant que l'on écarte l'application aux personnes morales publiques de l'article 1.384 du Code Civil. Cette solution, acquise définitivement en ce qui concerne l'Etat depuis l'arrêt Blanco du 8 Février 1873, D. 1873, 3-22; fixée ensuite depuis les arrêts Terrier, C. E. 6 Février 1903, Rec. 1903, p. 94; Feutry, Conflits 29 Février 1908, Rec. 1908, p. 217 ; Thérond, C. d'Etat, 4 Mars 1910, Rec 1910, p. 197; en ce qui concerne les départements et les communes est aujourd'hui unanimement reçue en jurisprudence et notamment par la Chambre Civile de la Cour de Cassation (Cass. Civ. 26 Février 1912, D. 1912, 1-119 et espèces citées, infra.) (voir espèces citées à note d'Appleton à D. 1923, 1-137).

Toutefois, la Chambre criminelle semble vouloir faire échec à cette unanimité.

Par un premier arrêt du 15 Mars 1923, (aff. Ville de Paris c/ Boucher), elle a déclaré l'article 1.384 applicable à la Ville de Paris, rejeté le pourvoi formé contre un arrêt, et condamné celle-ci en la personne du préfet de la Seine, à indemniser le père d'un individu brutalisé par un gardien de la paix. Cette décision, rendue en termes généraux et qui semblait remettre en cause une règle qu'on pouvait considérer comme acquise, a fait l'objet d'une critique serrée de M. Appleton (note précitée).

On a pu croire qu'elle resterait isolée. Un an plus tard, le Tribunal des Conflits, saisi du conflit élevé

par le Préfet de Police sur l'assignation qui lui avait été donnée devant le Tribunal de la Seine, comme civilement responsable du délit d'homicide par imprudence commis par un autre gardien de la paix, validait l'arrêté de conflit : « Considérant, porte l'arrêt, que l'appréciation de la responsabilité encourue par l'Administration publique dont le sieur Lainé était le préposé, ne relève que de la juridiction administrative » (Vve Lemetti c/ Ville de Paris. Conflits 26 Mai 1924, S. 24. 3-49, note Hauriou).

Le 16 Février 1925, la Chambre Civile de la Cour de Cassation, D. H. 1925, 218, décidait de même qu'à l'autorité administrative seule il appartient de se prononcer sur la responsabilité de l'Etat ou de la Commune à raison du fait des agents qu'ils ont préposés à un service public.

Malgré cela, la Chambre Criminelle persiste dans sa jurisprudence. Le 28 Mai 1930, S. 1930, 1-393, note Bonnard — D. 1930, 1-161 ; elle a cassé un arrêt de la Cour de Colmar par lequel cette cour se déclarait incompétente pour connaître de la responsabilité incombant à la Ville de Sarreguemines, à raison de l'homicide par imprudence commis par un gardien de jardin public sur la personne d'un sieur Motsch (Aff. Motsch c/ Ville de Sarreguemines). L'arrêt a été vivement critiqué (voir notes précitées).

Le 20 Novembre 1931, statuant à nouveau dans cette affaire, sur le pourvoi formé par la Ville de Sarreguemines contre l'arrêt de la Cour de Nancy qui l'avait condamnée, en conformité des principes posés par l'arrêt du 28 Mai 1930, la Chambre Criminelle a rejeté le pourvoi. Elle déclare que : « l'action intentée contre une commune, à raison, non d'une faute de service, mais d'une faute personnelle, commise par un proposé de cette commune, présente le caractère d'une des actions prévues par les articles 2 et 3, C. I. Cr. et 74

du Code Pénal », relève, conformément à ces textes de la compétence judiciaire et que, par suite, la commune a pu valablement être déclarée responsable du fait de son préposé, dans les termes de l'article 1.384 (Ville de Sarrguemines c/ Motsch; Cr. 20 Novembre 1931, S. 1932, 1-235). Le 30 Avril 1932, aff. Administration des Postes, Télégraphes et Téléphones c/ Minist. public, D. H. 32, 318, statuant sur un pourvoi formé contre une décision qui avait condamné un chauffeur de l'Administration des Postes à raison d'un accident d'auto pour homicide par imprudence et en même temps déclaré l'Administration des Postes civilement responsable, elle a rejeté le pourvoi et formulé la même doctrine.

M. Bonnard dans sa note au Sirey 1930, 1-393, en même temps qu'il combat la thèse de la Chambre Criminelle, signale ce qui pourrait se trouver à son origine; l'influence de la jurisprudence en matière de travaux publics, quant aux dommages causés aux personnes. (notamment, Cass. Civ. 27 Novembre 1918, S. 1921, 1-353 — et note Mestre. — 2 Mai 1927, S. 1927, 1-272. — Conflits. Devisse, 23 Mai 1927, 3-93).

Ce qui est sûr, c'est que l'argument tiré des articles 2 et 3 du Code d'Instr. Crim. est d'une extrême faiblesse (1). Dès l'instant qu'on entend le principe de la séparation des pouvoirs dans le sens que lui a donné toute cette série d'arrêts, dont les plus typiques sont les arrêts Blanco et Pelletier, ce principe interdit aux juges ordinaires, qu'ils statuent au Civil ou au Pénal, de connaître des responsabilités des services. Que la

(1) V. Laferrière, 1-626 et S. — Conclusions du commissaire du Gouvernement Rouchon-Mazerat, à l'arrêt Préfet. de la Seine c/ Vve Melinette, Confl. 11 juillet 1933, Cf. *Infra*).

juridiction répressive garde compétence pour prononcer sur la peine et sur la responsabilité de l'agent, il n'y a pas de raison qui s'y oppose mais elle ne peut, sans un abus manifeste dans ce système, juger les administrations elles-mêmes, car les raisons qui expliquent le dessaisissement des Tribunaux judiciaires subsistent ici dans toute leur force.

Ces décisions divergentes n'ont pas modifié la doctrine de la Chambre civile. Celle-ci, par deux arrêts du 3 Mars 1931 — Pottin c/ commune d'Etampes — et du 30 Décembre 1930 — Hospices civils de Reims c/ Hoffmann, S. 1931, 1-217 (2 espèces), note Bonnard — fortement motivés, continue d'affirmer l'incompétence des Tribunaux judiciaires pour connaître de la responsabilité des services, à raison des faits de leurs agents.

Cette jurisprudence de la Chambre Criminelle vient cependant de recevoir la consécration du Tribunal des Conflits (1). Aff. Dame Melinette c/ Préfet de la Seine — Conflits 11 Juillet 1933, D. 1933, 3-65, note et conclusions du Commissaire du Gouvernement — Rouchon-Mazerat : S. 1933.3.97. Note Alibert — Rev. Dr. Pub. 1933, note Jèze. Malgré les conclusions contraires du Commissaire du Gouvernement, le Tribunal

(1) Il faut rapprocher de cette décision les deux arrêts du Tribunal des Conflits, déjà examinés, du 11 juillet 1927. Subra, S. 1928, 3-5 et du 27 février 1933, Rhin et Moselle, D. 1933, 3-43, où ce Tribunal conteste aux tribunaux judiciaires le droit de connaître des actions en dommages-intérêts « contre les agents des services publics » « hors des cas où ils sont saisis dans les conditions de l'article 3 C. I. Cr. ». — La différence de ces espèces et de l'arrêt Melinette, est que, dans cette dernière, l'action était dirigée à la fois contre l'argent et le service, alors que dans les arrêts précédents, l'action ne concerne que l'agent. Mais toutes se réfèrent aux dispositions du Code d'Instruction Criminelle.

des Conflits a annulé le conflit dans une espèce où une personne, blessée par un camion servant à l'enlèvement des ordures ménagères, avait cité en correctionnelle le conducteur et le Préfet de la Seine comme civilement responsable : « considérant, dit l'arrêt, qu'à raison de cet accident, l'action publique a été mise en mouvement contre ledit Rols au moyen d'une citation délivrée à celui-ci, à la requête de la victime, à l'effet de comparaître devant le tribunal correctionnel... que la Dame Melinette a également cité devant cette juridiction, par application des art. 2, 3, 182, C. Instr. Cr. et 74 C. Pén. le Préfet de la Seine... civilement responsable... considérant que l'action civile portée devant la Juridiction répressive, tant contre la Ville de Paris que contre Rols, ne se rattachant point d'une façon indivisible à l'exécution d'un travail public, relève de l'autorité judiciaire, compétente pour déclarer une administration communale civilement responsable envers les victimes des délits commis par ses préposés dans l'exercice ou à l'occasion de fonctions ne rentrant point, comme c'est le cas, dans l'espèce actuelle, dans les attributions exclusives de la puissance publique. »

Cet arrêt, a dit M. Alibert (note au S.), est une erreur : Ce qu'il met en cause, s'il doit faire jurisprudence, c'est tout le système de compétence et de responsabilité organisé depuis un demi-siècle. Ce qui l'a peut être inspiré, c'est la difficulté pratique et la cherté d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'État, qui conduisent en fait, dans nombre de cas, la victime à s'abstenir et aboutissent en quelque sorte à un déni de justice. S'il en est ainsi, les dispositions du décret du 5 Mai 1934, en attribuant aux Conseils de préfecture la connaissance des dommages causés par les services publics, des départements, des communes, et des établissements publics non nationaux, et en

mettant désormais le juge près du justiciable, priveront cette jurisprudence de sa meilleure raison, et la réduiront à la mesure d'un écart accidentel.

IV. — DU CUMUL DES RÉPARATIONS

Dès l'instant qu'elle admettait le cumul des responsabilités, la jurisprudence allait nécessairement se trouver amenée à résoudre la question du cumul des réparations. On voit comment elle se pose. Sur deux fautes distinctes sont engagées, valablement, deux actions. Ces actions sont indépendantes l'une de l'autre. Normalement donc, la victime, en cas de réussite dans ses instances, va toucher deux indemnités qui se cumulent. Il n'est pas besoin d'insister sur ce qu'un tel résultat peut présenter de choquant, et l'on comprend que la jurisprudence, fondée sur l'équité, du Conseil d'Etat se soit refusée à l'admettre. Elle a utilisé pour cela divers procédés; mais avant de les décrire, il convient de montrer d'abord les raisons de droit qu'elle a peut-être mises insuffisamment en évidence, et qui légitiment ses décisions.

Nous avons dit que la théorie du cumul ouvrait deux actions distinctes; à raison de deux fautes distinctes. La formule est irréprochable, encore faut-il déterminer ce qu'elle contient et, surtout, ce qu'elle ne contient pas. Ce qu'elle contient, c'est le double fondement juridique des responsabilités engagées. Mais ces deux fautes se rejoignent dans un fait, qu'elles ont causé, qui est à lui seul la cause des deux actions dont elles permettent la mise en œuvre, ce fait est le dommage éprouvé; nécessairement unique. C'est le rôle fondamental du dommage, source et mesure du droit, que la formule n'exprime pas. Il est pourtant essentiel.

C'est un axiome du droit que l'intérêt est la mesure de l'action. Si donc, en prenant l'hypothèse sous son aspect le plus général, deux instances sont simultanément portées, l'une devant le Conseil d'Etat, en responsabilité du service, l'autre devant la juridiction civile, en responsabilité de l'agent, chacune des juridictions saisies a le devoir et le droit de vérifier l'intérêt que l'on invoque devant elle. Par suite, elle a le devoir et le droit de tenir compte ou des réparations accordées déjà par l'autre juridiction, ou de celles susceptibles de l'être. Cette attitude est la seule vraiment conforme à la logique et aux principes. Elle a été adoptée par les tribunaux civils dans leur plus récente jurisprudence. Ils ont refusé à un mobilisé, victime d'un accident de chemin de fer, le droit de cumuler les dommages-intérêts dûs par la Compagnie avec la pension militaire (Paris, 12 Décembre 1919, Gaz. des Trib. 1920, 2,65), 4 Novembre 1920, Gaz. des Trib. 1921, 2-186; Pau, 2 Janvier 1920, Gaz, des Trib. 1920, 2-148; 31 Mars 1920; Gaz. des Trib. 1920, 2-324. — Civ. 14 Mai 1923, D. 1923, 1-127 et note Ripert; Civ. 2 Janvier 1924 et 7 Janvier, 1924 D. H. 1924, 106). Elle a a été adoptée et ne pouvait pas ne pas l'être par le Tribunal des Conflits. Suivant en cela les conclusions de M. Blum, il a formulé dans l'arrêt Lemonnier le principe suivant : « qu'il appartient au juge administratif, s'il estime qu'il y a une faute de service de nature à engager la responsabilité de la personne publique, de prendre, en déterminant la quotité et la forme de l'indemnité par lui allouée, les mesures nécessaires en vue d'empêcher que sa décision n'ait pour effet de procurer à la victime, par suite des indemnités qu'elle a pu ou qu'elle peut obtenir, d'autres juridictions, à raison du même accident, une réparation supérieure à la valeur totale du préjudice causé. »

a) *Procédés destinés à empêcher le cumul*

Le principe, une fois posé, du non-cumul des réparations dans le cumul des actions, il faut encore un procédé pour en assurer la réalisation pratique.

Remarquons d'abord que les règles de la solidarité, ou plus exactement de l'obligation *in solidum*, doivent être écartées. La solidarité implique nécessairement l'unité de l'obligation (Aubry et Rau, Cours de Droit Civil Français, 5e éd. IV, § 298 *ter*, p. 37). Or, il s'agit précisément ici de deux obligations distinctes fondées sur des fautes qui ne se confondent pas. Force est donc de recourir à des procédés différents. Le Conseil d'Etat en a utilisé deux, que M. Fliniaux (R. D. P. 1921, pages 333 et s.) a désignés sous les noms de « procédé de la garantie », et de « procédé de la subrogation ».

b) *Procédé de la garantie*

Arrêt Babouet : « Il appartiendra seulement au Juge administratif, pour déterminer la forme et la quotité de cette réparation, de tenir tel compte que de droit des condamnations déjà prononcées, en raison du même accident, au profit du sieur Babouet, par les Tribunaux civils et notamment de limiter, s'il y a lieu, la responsabilité de l'Etat à la garantie de tout ou partie des condamnations. »

Il ne se retrouve dans aucun autre arrêt.

c) *Procédé de la subrogation*

Ce procédé semble avoir obtenu la préférence du Conseil d'Etat. Il est seul employé dans les plus récentes espèces. Arrêt Thévenet : « Il y a lieu de déclarer la

commune responsable des conséquences de l'accident, sauf à elle à exercer, comme subrogée aux droits du sieur Thévenet, un recours contre le sieur Lourdin. »

Arrêt Lemonnier : « Il sera fait une juste appréciation du dommage subi par les époux Lemonnier, et dont la commune doit réparation intégrale, en condamnant cette dernière à leur payer la somme de 12.000 fr., sous la réserve, toutefois, que le paiement en soit subordonné à la subrogation de la commune, par les époux Lemonnier, jusqu'à concurrence de ladite somme, aux droits qui résulteraient pour eux des condamnations qui auraient été ou qui seraient définitivement prononcées à leur profit contre le maire personnellement, à raison du même accident, par l'autorité judiciaire. »

L'arrêt Bodson du 29 décembre 1926, l'arrêt Rapin du 9 novembre 1928, ont reproduit cette formule en des termes presque rigoureusement identiques.

On saisit sans peine la différence qui sépare ces deux procédés, tant au point de vue du principe qu'au point de vue des conséquences.

Le premier fait de la responsabilité du service une responsabilité subsidiaire, le second une responsabilité du même ordre et située sur le même plan que la responsabilité de l'agent. Cette différence réagit sur la procédure. En cas de responsabilité subsidiaire, l'agent doit être poursuivi le premier; en cas de responsabilité distincte, mais de même ordre, l'agent et le service peuvent être poursuivis simultanément.

Le Conseil d'Etat semble donc admettre actuellement le système de la subrogation. Nous croyons qu'il est dans la vérité. Puisque, dans son propre système, la responsabilité du patrimoine administratif est une responsabilité directe, on ne saurait comprendre que sa mise en œuvre fut subordonnée à la mise en œuvre préalable d'une autre responsabilité.

Ainsi, la dernière évolution de la jurisprudence, en donnant au particulier lésé la faculté d'attaquer le service convaincu d'une faute en relation avec le dommage et alors même que celui-ci résulterait d'une faute personnelle de l'agent, est venue accroître les garanties que l'administré est en droit d'exiger pour le respect de ses droits. Le Service qui subit, de ce fait, une charge nouvelle, se voit en même temps accorder un recours contre l'agent. Ce point soulève toute la question de la responsabilité des agents envers le service, où la jurisprudence du Conseil d'Etat est loin d'être cohérente, et qui sera traitée à part.

V. — EXPRESSION PRATIQUE DU SYSTÈME

En définitive, il nous semble que la plus fidèle traduction que l'on puisse donner de ces arrêts, pour exprimer, non la doctrine qu'ils énoncent, mais celle qu'ils contiennent réellement, est la suivante :

— Rapports du service et des particuliers : inapplicabilité de l'article 1384 — Applicabilité exclusive de la responsabilité pour faute (type général, article 1382), appréciée selon les principes du droit administratif.

— Rapports du service et de l'agent : si le service et l'agent ont été condamnés tous deux, le service est en fait considéré, non comme ayant été condamné pour faute (type article 1382), mais comme ayant été condamné pour la faute spéciale du commettant (type article 1384) qui laisse ouvert à celui-ci le droit de récupérer sur son préposé le montant des réparations auxquelles il a été astreint.

Ce qui peut se résumer ainsi : Dans le système actuel du cumul, la jurisprudence repousse le jeu (nous disons

le jeu et non la force obligatoire) de l'article 1384 à l'égard des tiers. Elle l'applique, au contraire, combiné aux principes ordinaires de la responsabilité civile, entre le service et l'agent.

Cette jurisprudence, sous la réserve des critiques que soulève dans son principe le système auquel elle se rattache (arrêt Pelletier) et que nous avons faites à leur place, marque un souci d'équité que nous avons déjà signalé, et auquel nous rendons hommage. Doit-elle être considérée comme un terme ou comme une étape vers un régime plus juste et plus libéral encore?

Nous croyons et nous voulons croire qu'elle est seulement une étape. D'abord parce que l'évolution du Conseil d'Etat, au cours du XIX^e^ siècle, tant sur l'admissibilité des recours que sur la responsabilité des services, révèle une volonté constante d'assurer, par les procédés administratifs, aux droits individuels, le plus de garanties possible. Ensuite, pour un motif plus précis. Au moment même où la théorie du cumul recevait sa consécration définitive, la théorie du risque, déjà admise par plusieurs arrêts antérieurs (Cames, 22 juin 1895, Rec. p. 509. — Lefebure, 5 avril 1901, Rec. p. 141), s'affirmait à nouveau dans l'arrêt Regnault-Desroziers, 28 mars 1919, S/1918/1919, 3-23.

Il n'est pas interdit de penser qu'un jour, la faute personnelle du fonctionnaire sera considérée comme un accident du service, dont celui-ci doit supporter le risque exceptionnel. Ce jour-là, nous serons bien près de l'article 1384, tel du moins que l'appliquent les tribunaux judiciaires. Sans doute, il n'obligera pas les personnes publiques, mais pratiquement, les garanties qu'il accorde au justiciable dans ses rapports avec les personnes privées, la jurisprudence administrative, enfin parvenue à son terme, les donnera aux particuliers victimes de la faute d'un agent.

VI. — RAPPORTS DE L'ADMINISTRATION ET DE L'AGENT EN CAS DE FAUTE

En cas de condamnation, ou de l'agent, ou du service, une question se pose nécessairement, celle du recours que celui qui a été condamné peut exercer contre l'autre. Deux cas sont à examiner.

I. — *Recours de l'agent contre le service*

Un point d'abord est certain. Le fonctionnaire poursuivi devant les tribunaux judiciaires ne peut appeler l'Etat en garantie. C'est l'application pure et simple des principes (1). Elle a été faite à l'espèce par l'un des arrêts qui ont posé le principe de la compétence des tribunaux administratifs pour connaître de la responsabilité de l'Etat. Conflits, 8 février 1873, Dugave et Bransiet, commune de Caluire et Challemel-Lacour c/ Etat., D. 1873, 3-19 (2).

---

(1) V. Conflits. Union Coopérative du Sud-Ouest. — Conflits 22 décembre 1930. S. 1931, 3-64, note et renvois. Cette pluralité de juges peut conduire à des décisions contradictoires.

(2) C'est inexactement qu'on a cité, en ce sens (Concl. Teissier, aff. Feutry, D. 1908, 3-49) un arrêt de conflits du 15 avril 1905. Dme Debief, D. 1907, 3-8. Il s'agissait simplement d'une poursuite en police correctionnelle, par citation directe, exercée contre le sous-secrétaire d'Etat des P. T. T. pour le faire déclarer responsable des blessures causées par deux agents qui avaient blessé une personne en laissant tomber un fil.

Reste la question de fond, celle du fondement juridique et de la possibilité du recours.

Deux difficultés doivent être d'abord écartées.

La première tient aux conditions dans lesquelles l'agent exercera son action. Celle-ci suppose, en effet, une condamnation prononcée contre lui par un tribunal judiciaire. Elle suppose, par conséquent, que l'administration active l'a considéré comme seul responsable, en n'élevant pas le conflit. Mais cette appréciation, ou cette négligence, ne fait pas obstacle à l'appréciation juridictionnelle des Tribunaux administratifs, qui peuvent en décider autrement. Toutefois l'obstacle serait peut-être insurmontable, si le Tribunal judiciaire avait statué sur conflit annulé par le Tribunal des Conflits.

La seconde difficulté provient de ce que le recours tend nécessairement à demander à la juridiction administrative une appréciation des faits contraire à celle donnée par la juridiction judiciaire. Mais cet obstacle est purement apparent. La question de chose jugée ne se pose pas en effet puisque le débat n'a pas lieu entre les mêmes parties; et, d'autre part, la contrariété de décisions, dans l'appréciation d'un même fait, pour fâcheuse qu'elle soit, est la conséquence nécessaire dans certains cas, et admise, de la séparation des juridictions (1).

En réalité, la question au fond est celle-ci : l'existence d'une faute personnelle est-elle exclusive d'une faute du service l'ayant accompagnée ou conditionnée?

---

(1) La jurisprudence a fait une application constante des règles de la séparation des pouvoirs dans des espèces où elle conduit, à l'occasion d'un même fait, à attribuer la connaissance de l'action du particulier contre l'Etat au Conseil d'Etat, et celle de l'action de l'Etat contre le particulier aux Tribunaux judiciaires — espèces nombreuses concernant des collisions d'autos, Req. 20 avril 1920. — Cie Française des Autos de place c/ Minis. de la Guerre, D. 1921, 1-125. —

La théorie classique répondait négativement ; la théorie du cumul répond au contraire, et avec raison, qu'une telle coexistence est possible. Si donc l'agent a été condamné à réparer en totalité un dommage dont sa faute n'a pas été la cause unique, rien ne fait obstacle à ce qu'il demande aux tribunaux administratifs, usant de la liberté de décision qui leur appartient, de reconnaître et de sanctionner la faute du service, et de le garantir en conséquence. Ce n'est qu'une question de fait.

C. E. 23 janvier 1924. D. H. 1924, 172, Rec. p. 80. La Providence, C. E. 9 novembre 1927, Rochard, Rec. p. 1033.

Mais il est facile de voir que, par la force même des choses, et les faits se présentant presque toujours comme un tout indivisible, chaque tribunal, pour juger la faute du défendeur, à l'égard duquel il est compétent, est amené à connaître des faits du demandeur, qui de principe échappent à sa compétence, et à les apprécier. V. notamment Le Marrec, C. E. 18 mai 1925, Rec. p. 491, et Rochard, précité. Add. Union Coopérative du Sud-Ouest. Conflits 22 décembre 1930, S. 1931, 3-64, et la note. Voir également une application assez curieuse de la pluralité des compétences, dans un cas d'accident survenu dans une école. C. E. 4 novembre 1927, Roumagnac, D. H. 1928, p . 8. — Rec. p. 1.019. — Un même fait peut donc faire l'objet d'appréciations contradictoires, entraînant des décisions contradictoires, sinon dans leurs dispositifs, du moins dans leurs motifs. Ainsi, en cas de collision d'autos, le Tribunal Civil, saisi de la demande de l'Etat, peut dire que l'accident est dû à la faute exclusive de son préposé et le débouter, alors que le Conseil d'Etat, statuant sur la demande du particulier, la rejette, en se fondant précisément sur l'absence de faute du préposé de l'Etat. Une atténuation a été apportée par la loi du 20 avril 1932 à certaines des conséquences les plus choquantes de cette contrariété possible de décisions. Mais cette loi, d'interprétation délicate, ne s'applique qu'à une hypothèse définie à son art. 1er, celle où « des décisions définitives rendues par les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires dans les instances introduites devant les deux ordres de juridiction,

La jurisprudence du Conseil d'Etat s'est prononcée deux fois sur la question.

Par une première décision, Centène, C. E. 8 mai 1914, Rec. p. 549, le Conseil a rejeté le recours formé contre un arrêté préfectoral annulant la délibération d'un Conseil Municipal qui avait mis à la charge de la commune une condamnation prononçée contre le Maire. Les motifs sont très brefs : considérant que le paiement de ces sommes ne pouvait être légalement mis à la charge de la commune... »

---

pour des litiges portant sur le même objet » « présentent contrariété conduisant à un déni de justice ». — Dans ce cas, le litige peut être déféré au Tribunal des Conflits exceptionnellement investi des pouvoirs de juge du fond. — V. comme applic. de cette loi, Rosay, Confl. 8 mai 1933, S. 1933, 3-117. Add. Les commentaires sous le texte de la loi au D. 1932, 4-273, de M. René Martin, — au S. 1932, Lois annotées 584. anon., — et l'art. de M. J. Theis, R. D. P. 1932, n° 3, p. 491 et s. Il nous paraît bien — si l'en entend, avec le commentateur du Dalloz, instances ayant identité d'objet » instances « tendant à la même satisfaction à raison du même événement » — que les exemples donnés à cette note, et le cas visé au texte, instances successives d'un particulier contre un agent, et de l'agent contre le service, échappent aux prévisions de cette loi. Devant le Tribunal judiciaire, l'agent dénie sa responsabilité ; devant le Tribunal administratif, il invoque la faute de l'administration. Dans les deux procédures, les fins par lui poursuivies sont différentes. La question prête d'ailleurs à difficulté et se ramène à l'interprétation à donner aux mots « même objet ». (V. s/ l'identité d'objet, Theis, R. D. P., *loc. cit.* 498 et s.). Il faut observer au surplus qu'elle ne pourrait se poser que pour l'Etat, au cas où la juridiction administrative reconnaîtrait sa pleine responsabilité, alors que la juridiction judiciaire aurait reconnu déjà la pleine responsabilité du fonctionnaire. Si, en effet, la juridiction administrative rejette le recours du fonctionnaire, sa décision concorde avec celle du Tribunal judiciaire saisi d'abord, ou tout au moins n'y contredit pas. Dès lors, la loi de 1932 se trouve sans application.

M. Rolland (1) interprète cet arrêt comme interdisant à l'administration d'accepter « de sa propre initiative » de « satisfaire à la condamnation prononcée contre un agent », mais on peut hésiter à en restreindre ainsi la portée, et se demander si, dans la brièveté de ses termes, il ne niait pas simplement le principe de la garantie pour faute personnelle (2).

Dans une seconde décision — Raymond, C. E. 8 février 1924, Rec. p. 153, S. 1926, 3-17, note Hauriou — le Conseil d'Etat s'est prononcé dans un sens favorable au recours. Rapprochée de la récente jurisprudence du Conseil (3), sur les recours de l'Administration contre ses agents, elle semble bien exprimer la pensée véritable — en tout cas — la pensée actuelle du Conseil.

L'espèce, cependant, s'y prêtait mal. Le sieur Raymond, conduisant une automobile militaire mise à la disposition du Préfet de la Loire, avait, en cherchant à éviter un cycliste, fait une embardée dûe à sa vitesse excessive. La voiture était montée sur le trottoir, avait broyé la jambe d'une fillette qui s'y trouvait et, finalement, avait endommagé la devanture d'un magasin. Poursuivi par la mère de la victime, mineure, Raymond avait excipé qu'il était en service commandé, et qu'il n'appartenait pas aux tribunaux judiciaires d'apprécier l'opportunité des ordres qui lui avaient été donnés; et demandé qu'il fût sursis à statuer jusqu'à ce que l'autorité administrative eût prononcé sur une requête par lui formée aux fins de faire reconnaître la responsabilité de

---

(1) *Précis*, 3e édition, p. 272.

(2) L'arrêt vise les articles 63 et 65 de la loi du 5 avril 1884.

(3) Cet arrêt a précédé de peu l'arrêt Poursines, C. E., 28 mars 1924, Rec. 357.

l'Etat à l'égard de la Dlle Royer. Ces conclusions avaient été repoussées par la Cour de Lyon dans un arrêt du 22 mai 1918 (1). Appelée à statuer à son tour, la Chambre civile avait, le 7 février 1923 (2), confirmé l'arrêt de la Cour de Lyon ; « Att., dit l'arrêt, que si, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, l'autorité administrative est, en règle générale, seule compétente pour prononcer sur la responsabilité d'un militaire résultant du dommage qu'il a causé par un acte accompli au cours d'un service commandé, il en est autrement quand le fait allégué présente le caractère d'un délit; qu'en pareil cas, l'action civile dirigée contre l'auteur de l'infraction pénale doit, aux termes de l'art. 54, C. Just. Milit., être portée devant les tribunaux civils; — Att. que l'arrêt attaqué décide à bon droit que les faits relevés contre Raymond seraient, s'ils étaient établis, constitutifs du délit de blessures par imprudence prévu et réprimé par les articles 319 et 320 C. pén. et 267 C. Just. Mil. — Att. que cette constatation suffit pour justifier le dispositif de l'arrêt. »

C'était parfaitement jugé. Que Raymond fût ou non en service commandé, « un délit ne rentre pas dans l'exercice normal du service public, ...il n'a pas de lien avec les ordres reçus de l'autorité supérieure. Le Service public n'était pas en jeu; par conséquent, la juridiction civile ne méconnaissait pas le principe de la séparation des pouvoirs en connaissant du litige. » (3). Raymond, cependant, avait entre temps présenté une requête au Ministre de l'Intérieur pour faire déclarer l'Etat respon-

(1) Rapporté au D. en tête de l'arrêt de Cassation.

(2) Raymond c/ Royer, Civ. 7 février 1923, D. 1926, 1.93, note. S. 1923.1.347.

(3) Note au Dalloz, précitée.

sable de l'accident. Cette requête était restée sans réponse. Il s'était ensuite adressé au Ministre de la Guerre, qui, par décision du 7 décembre 1917, s'était déclaré incompétent. La volonté de l'Administration était, à coup sûr, de considérer qu'il y avait eu faute personnelle, et d'en laisser la complète responsabilité à son auteur. Raymond avait alors déféré, pour annulation au Conseil d'Etat, les deux décisions ministérielles, la décision implicite de rejet et la décision d'incompétence. Sur ce recours, le Conseil d'Etat, par arrêt du 8 février 1924 (1) (2), statua ainsi : « Considérant que le sieur Raymond, bien que mobilisé en qualité de soldat automobiliste, eût été mis avec sa voiture à la disposition du Préfet de la Loire par l'autorité militaire, il se trouvait toujours sous la dépendance directe de celle-ci lors de l'accident qui s'est produit le 15 mars 1915, à Saint-Etienne; que c'est en conséquence au Ministre de la Guerre qu'il appartenait de se prononcer sur la demande formée par le requérant et tendant à engager la responsabilité de l'Etat; que, par

---

(1) Un arrêt du Tribunal des Conflits du 11 juillet 1927, Sudra c/ Bousquet, S. 1928, 3-5, a jugé cependant « que le simple excès de vitesse imputable à un officier dans l'accomplissement d'un service commandé, ne constituerait pas, s'il était établi, une faute se détachant de l'exercice de ses fonctions », et que par suite, l'autorité judiciaire ne pouvait en connaître. L'arrêt réserve cependant le cas où le tribunal serait saisi dans les conditions de l'article 3 du Code d'Instruction criminelle (en l'espèce, l'action pénale était éteinte par amnistie). Ces deux affirmations sont discutables. La première rompt avec la jurisprudence antérieure pour laquelle un délit constitue toujours un fait personnel. V. note au S. et renvoi ; la seconde est une concession à la jurisprudence de la Chambre Criminelle.

(2) Raymond, C. E., 8 février 1924, *Rec. Arr.* C. E. p. 153, S. 1926, 3-17, note Hauriou.

suite, c'est à tort qu'il s'est déclaré incompétent pour en connaître. — ARTICLE PREMIER : La décision du Ministre de la Guerre est annulée. — ART. 2 : Le sieur Raymond est renvoyé devant le Ministre de la Guerre pour y être pris au fond telle décision que de droit sur la demande formée contre l'Etat. »

Quoiqu'à s'en tenir aux termes de l'arrêt, il ne porte que sur une question de compétence, il est hors de doute qu'en statuant comme il a fait, il a jugé la question de fond. M. Hauriou l'a très exactement observé : « Quant au fond, il se trouve préjugé par la formule suivante : « Le sieur Raymond est renvoyé... ». Si le Conseil d'Etat avait estimé que l'Etat ne pouvait en aucun cas être l'objet d'une demande en reconnaissance de responsabilité formée par un fonctionnaire à titre d'appel en garantie, ...il eût évoqué toute l'affaire et statué au fond pour prononcer le mal fondé d'une pareille requête. Au lieu de cela, il invite le Ministre de la Guerre à se prononcer sur le fond dans des termes qui rappellent le renvoi pour faire ce que de droit, et qui, par conséquent, semblent favorables à la reconnaissance de responsabilité de l'Etat. » (1).

Il semble donc bien qu'on puisse conclure, à la suite de cette décision, que, d'accord avec les principes, la tendance de la jurisprudence est de reconnaître le recours du fonctionnaire contre le service. La jurisprudence suivie en matière de recours du service contre l'agent vient d'ailleurs confirmer cette interprétation.

---

(1) HAURIOU, note au S. 1926, 3-17, précitée, sous arrêts Raymond et Poursines.

II. — *Recours du service contre l'agent*

Cette question est la réciproque de la précédente.

Le Service qui, par la faute d'un de ses agents, a été condamné à payer une indemnité, va-t-il pouvoir se retourner contre l'agent et obtenir une condamnation de garantie? Dans l'affirmative, quelle sera la juridiction compétente?

Rappelons, d'abord, la solution du droit privé.

Toute personne civilement responsable du fait de son préposé, dans les termes de l'art. 1384, peut exercer un recours contre celui qui a causé le dommage qu'elle est condamnée à réparer. Cette règle s'applique à tous les préposés, et aucune exception légale ne soustrait à son application les employés des entreprises de Commerce et d'Industrie. Telle est la solution admise par la Cour de Cassation (Req. 16 juillet 1928, Beylac c/ Caunier et David. — S. 1928, 1-280) (1). C'est l'application de l'article 1382.

Si l'on passe du droit privé au droit public, la situation se présente ainsi :

Au point de vue législatif, il n'existe aucune disposition d'ordre général touchant à la responsabilité pour faute des fonctionnaires envers leurs administrations; seule la responsabilité des comptables et de certains fonctionnaires assimilés est organisée, et de façon très minutieuse (2).

Cette absence de texte de principe, rapproché de cette législation spéciale, peut s'interpréter de deux

---

(1) Voir la note au S. Jurisprudence et auteurs cités, en ce sens.

(1) Voir ces textes à la note Appleton, au Dalloz, 1924, 3-49, sous arrêt Poursines.

façons très différentes. On peut soutenir que la notion même de responsabilité est indépendante de tout texte; que, par suite, l'absence d'une loi ne lui porte aucune atteinte; et que les dispositions spéciales concernant les comptables ne sont que l'application particulière d'un principe général certain, quoique non formulé. — On peut soutenir, au contraire, et c'est ce qu'a fait le Conseil d Etat, sous réserve d'une correction qui résulte de sa propre jurisprudence, que l'existence de textes spéciaux est la preuve que cette responsabilité générale n'existe pas, puisqu'il a fallu pour l'établir, dans les cas où elle intéressait le plus l'Etat, l'intervention du législateur.

De ces deux interprétations, il semble bien que ce soit la première qui doive être préférée. A supposer que l'on écarte l'article 1382 et les dispositions du Code civil, il reste que le principe de responsabilité est au moins autant qu'un principe de droit une règle de vie sociale qui répond à des nécessités profondes et dont la portée ne cesse de s'étendre sous l'action combinée de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine. La notion d'irresponsabilité, soit de l'Etat, soit de ses agents, est une conception essentiellement monarchique. Or, cette notion a fléchi, tant à l'égard de l'Etat qu'à l'égard de ses fonctionnaires dans leurs rapports avec les particuliers. Il y a moins de raisons encore pour la maintenir, si elle existe, dans les rapports de l'Etat et de ses agents. N'est-ce pas, comme on l'a fort bien rappelé, un principe qui « domine tout notre droit public » que celui de l'article 15 de la Déclaration des Droits de 1789 : « La Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration. » (1).

On a objecté que cette responsabilité serait trop lourde, qu'elle tarirait le recrutement des services et

(1) Appleton, note au D. 1924, 3-49, précitée.

conduirait les agents à l'inaction. Ces raisons d'opportunité ne touchent pas au fond du droit. Il est, d'ailleurs, facile de répondre que ces considérations n'ont pas été jugées décisives en ce qui concerne les comptables dont la responsabilité est particulièrement lourde et qu'en fait, ce qui importe seulement, c'est de ne pas laisser l'Etat sans recours en cas de faute caractérisée de ses agents.

En définitive, il n'y a aucune raison d'admettre l'irresponsabilité du fonctionnaire, en cas de faute grave, envers son service; et c'est, au contraire, le principe de responsabilité qui doit être tenu pour fondé (1). Or, la faute qui se présente avec les caractères de la faute personnelle, est, de par sa nature, une faute grave. Qu'elle ait ou non été déclarée par un tribunal

(1) En ce sens, Appleton, *loc. cit.* — Jeze, *Revue du Droit Public*, 1924, p. 601. Duguit, *Revue du Droit Public*, 1923, p. 23-40 ; à son étude sur « la question de la coexistence de la responsabilité de l'Etat et de la responsabilité personnelle des fonctionnaires ». — Pour Duguit, la question ne semble même pas se poser. S'il a des doutes sur l'efficacité du recours, il n'en montre aucun sur sa possibilité juridique. — Dans son *Traité de Droit Const.*, 2e éd. 1923, p. 489, traitant du cumul des responsabilités, il écrit : « Sans doute, théoriquement, l'Etat peut demander à l'agent de lui rembourser le montant des indemnités payées à la suite d'une faute personnelle. Mais ce recours sera-t-il efficace ? L'Etat l'exercera-t-il, et, s'il l'exerce, trouvera-t-il un patrimoine capable d'en répondre ? Il s'agit de fonctionnaires non comptables ; le droit positif n'a organisé contre eux, à la différence de ce qu'il a fait pour les fonctionnaires comptables, aucune garantie spéciale au profit de l'Etat ». V. également *ib.* p. 486, adde Blum. — Conclusions Lemonnier c/ commune de Roquecourbe, C. E., 26 juillet 1918, D. 1918, 3. 9-13. — Voir au surplus, à propos de ces conclusions, ce qui est dit plus loin au texte, de la jurisprudence du C. d'Etat ordonnant la subrogation de l'Etat aux droits du particulier. — En sens

judiciaire, dès l'instant qu'elle a eu des conséquences dommageables pour le service, en l'obligeant à indemniser une victime, elle doit ouvrir contre lui un recours au profit de la Caisse publique qui a payé.

Cette solution, malgré les raisons très sérieuses sur lesquelles elle se fonde et les autorités qu'elle peut invoquer, n'a cependant pas été admise par le Conseil d'Etat, sous réserve cependant du principe de subrogation posé par lui dans un certain nombre d'espèces, et qui cadre mal avec sa doctrine fondamentale.

M. Appleton, dans une note très étudiée au Dalloz (1), a montré comment cette jurisprudence s'était faite, évoluant de la déclaration d'incompétence et de l'annulation d'arrêtés ministériels, à la proclamation catégorique de l'irresponsabilité. La tentation était grande, pour un ministre ayant à sa disposition le procédé de l'arrêté de débet, d'en user pour déclarer débiteur le fonctionnaire qui avait, par sa faute, causé au service un préjudice grave. En fait, les ministres en ont usé à diverses reprises, alors qu'il ne pouvait s'appliquer à des fonctionnaires non comptables. Le fonctionnaire ainsi déclaré débiteur déférait l'arrêté au Conseil d'Etat qui prononçait l'annulation : « Att. qu'il n'appartient pas à l'autorité administrative, en l'absence de tout texte législatif, de prononcer sur la responsabilité pécuniaire des administrateurs. » (Hubert, C. E. 20 février 1885. Rec. p. 200. D. 86.3.92. — V° également C. E. 28 juin

---

contraire, HAURIOU, note au S. 1926, 3-17. — L'essentiel du raisonnement d'Hauriou semble tenir dans cette ofrmule qu' « un même fait ne peut pas être à la fois personnel et non personnel ». C'est une vue trop étroite de la question et qui se rattache à la distinction de la faute personnelle et de la faute de service, avec les conséquences qu'on en tirait, avant l'adoption de la théorie du cumul.

(1) Note au D. 1924, 3-49, précitée.

1895, D. 1896.3.62. Le Conseil, très probablement favorable à l'irresponsabilité (en ce sens, Avis du Conseil d'Etat du 21 juillet 1885), évitait toutefois de se prononcer au fond, en s'en tenant au vice de forme (1).

En 1898, ce moyen lui fit défaut, le Ministre ayant reçu de la loi du 13 avril 1898, art. 54, le droit de délivrer, sous forme d'états exécutoires, des titres parés contre tous les débiteurs de l'Etat, même non comptables. La nouvelle jurisprudence se manifeste sous une forme assez atténuée en 1910. Le commandant Renard, ancien sous-directeur de l'Etablissement central d'aéronautique de Chalais-Meudon, ayant été déclaré en débet, à raison de manquants, le Conseil, après examen détaillé des faits, annule l'arrêté ministériel, motif pris de ce que le Ministre « n'établissant pas que Renard se soit constitué comptable de fait et les fonctions de Renard n'étant pas celles d'un comptable de droit, le Ministre ne pouvait, dès lors, le déclarer responsable des déficits constatés » (Renard, C. E. 16 décembre 1910, Rec. p. 962).

L'affirmation nette de l'irresponsabilité apparaît dans l'arrêt Lagarde, 24 novembre 1916. Rec. p. 484. Il s'agissait d'un Directeur des Contributions auquel on prétendait mettre à charge les frais de réfection de travaux se rattachant à l'évaluation des propriétés non bâties. Cette fois, le Conseil prononce : « Considérant qu'aucune disposition législative ne permet de regarder Lagarde comme pécuniairement responsable envers l'Etat des fautes qu'il aurait commises dans l'exercice de ses fonctions. »

---

(1) En 1891, cependant, aff. Bastien, C. E., 4 décembre 1891, D. 1893, 3-46, conclusions Jagerschmidt. Le Conseil touche au fond, en même temps qu'il annule pour incompétence, en déclarant le décret du 31 mai 1862 inapplicable.

L'application de cette règle, au cas de faute personnelle d'un fonctionnaire, ayant entraîné la responsabilité du service envers un particulier a été faite par le Conseil en 1924.

Les faits étaient pourtant des plus graves. Un officier d'administration, au cours de la Guerre, « avait fait passer par les armes un facteur auxiliaire des Postes injustement soupçonné d'espionnage par la population, dans des conditions d'imprudence et d'illégalité qui donnaient évidemment à son acte le caractère d'une faute très lourde. » (1) Quoiqu'il eût été acquitté en Conseil de guerre, cette décision, non motivée, n'ayant pas l'autorité de la chose jugée (Rep. prat. Dalloz, V° Ch. jug. N° 409), n'eût pu faire obstacle à l'action que pouvaient intenter contre lui les héritiers de la victime. Sans nul doute, ils auraient obtenu des dommages-intérêts, et pratiquement, la responsabilité de l'Etat à raison du mauvais fonctionnement du service, se fût trouvée dégagée. S'étant adressés au Ministre de la guerre, celui-ci sans attendre une condamnation avait fait droit à leur demande d'indemnité. Mais aussitôt, il s'était retourné contre l'officier fautif et lui avait adressé un ordre de reversement. Saisi par l'officier, le Conseil a annulé la décision ministérielle en des termes catégoriques : « considérant que la responsabilité pécuniaire d'un fonctionnaire autre qu'un comptable public ne saurait être engagée envers l'Etat à raison des fautes par lui commises à l'occasion de ses fonctions, à moins d'une disposition législative spéciale qui autorise le Ministre compétent à le déclarer débiteur. — Considérant qu'en l'absence de toute disposition de cette nature, c'est à tort que l'Administration de la Guerre a mis à la charge du Sieur Poursines,

(1) Appleton, note citée.

par la décision et l'ordre de reversement attaqués, une somme de 40.000 francs à titre de réparation du préjudice qu'il aurait causé à l'Etat, en engageant, par son fait, jusqu'à concurrence d'une somme égale, la responsabilité du service public vis-à-vis des héritiers du Sieur de Boxtel. » (1)

Cette tendance du Conseil à affirmer l'irresponsabilité du fonctionnaire à l'égard du service, s'est manifestée à nouveau dans un arrêt du 21 Novembre 1930, S. 1932, 3-16, D, 1931, 3-14, de Kerveguen. Il s'agissait d'un maire ayant irrégulièrement commandé des travaux de réparations à une église. La commune appelée en paiement par l'entrepreneur en Conseil de préfecture avait avisagé le Maire, qui avait été condamné à la garantir pour partie. Sur appel, le Consei d'Etat, rompant avec la jurisprudence ancienne, (2) a déchargé le Maire de la condamnation qui avait été prononcée contre lui : « considérant que le Sieur de Kerveguen n'a agi que comme maire et représentant de la commune et dans l'intérêt de cette dernière; que dans ces circonstances, sa responsabilité ne saurait être engagée. »

Certains commentateurs se sont félicités de cette décision qui avait l'avantage d'unifier la jurisprudence (note au D. 1931, loc. cit.). En réalité, cette jurisprudence est, dans son principe, plus que douteuse; en fait, et sous la forme catégorique où elle s'exprime, elle est difficilement acceptable (3).

---

(1) POURSINES, C. E., 28 mars 1924, Rec. p. 357, D. 1924, 3-49, note Appleton, S. 1926, 3-17, note Hauriou, Rev. du Dr. public 1924, p. 601.

(2) C. E. 21 novembre 1879, PASTRÉ, *Rec.* p. 726, 8 décembre 1882, REY, *Rec.* p. 1.013. Add. note Appleton, préc.

(3) Cette jurisprudence est d'autant moins acceptable qu'en fait, l'Etat n'hésite pas à poursuivre contre les tiers

Il y a plus, elle est, dans une mesure qu'il n'est guère facile de déterminer, contradictoire avec les solutions admises par le Conseil dans des décisions qui sont, elles aussi, des décisions de principe.

Dans l'arrêt Lemonnier, du 26 Juillet 1918, dans l'arrêt Bodson, du 29 Décembre 1926, dans l'arrêt Rapin, du 9 Novembre 1928, où le service est déclaré responsable, mais où la faute personnelle se révèle avec un relief particulier, le Conseil, après avoir accordé l'indemnité aux victimes, ajoute : « sous réserve de la subrogation de l'Etat par le Sieur... jusqu'à concurrence de ladite somme, aux droits qui résulteraient pour lui des condamnations qui auraient été ou seraient prononcées à son profit, contre le Sieur... à raison du même fait par l'autorité judiciaire. »

Qu'est-ce à dire, sinon que l'Etat récupérera contre le fonctionnaire le montant de la somme qu'il aura lui-même payée et qu'il se trouvera ainsi comme ayant exercé, par l'intermédiaire de la victime, son recours en garantie.

---

responsables d'accidents survenus à ses agents la réparation du préjudice indirect subi par lui. Les décisions rendues depuis une dizaine d'années sont nombreuses. — Etat c/ Rochette, Civ. 14 janvier 1924, D. H. 1924, p. 123. — Etat c/ Beziau, Req. 24 février 1931, D. 1931, 1-113. — Etat c/ Dubost, Civ. 10 novembre 1931, S. 1933, 1-205. Civ. 14 mars 1934, G. P. 12 avril, note. — Cie P. O. c/ Min. de la Guerre, C. E. 14 décembre 1927 ; LEBON 1207. — Ch. de Fer Midi c/ Cros, Cr. 21 novembre 1933, S. 1933, 1-233, voir la note de M. Doby. — La Chambre Civile est favorable à ces recours, la Chambre Criminelle les écarte pour des raisons tirées du Code d'Instruction Criminelle. — (V. Cr. 21 novembre 1933, précité ; et Cr. 4 mai 1933, recours d'un patron. — G. Trib. 23 juin 1933. Commaille, novembre 1933, n° 11.359, note). — Consulter Doby, Recours des Administrations publiques contre les tiers... Thèse Paris 1931. — La jurisprudence arrive ainsi à créer au fonctionnaire une situation privilégiée.

Si l'on néglige la question de procédure, c'est sur le fond du droit l'affirmation de la responsabilité du fonctionnaire. Mais comment concilier cette solution avec les affirmations systématiques d'irresponsabilité contenues dans les espèces où la question a été directement posée. Peut-on sérieusement admettre enfin, que le recours d'un service soit subordonné à une question de forme et, en fait, à la diligence plus ou moins grande d'un particulier.

Ce qui est, au surplus, à noter, c'est que la jurisprudence de la subrogation est contemporaine de la jurisprudence d'irresponsabilité sous sa forme la plus absolue. Il y a là comme deux séries d'arrêts qui se seraient ignorés.

En l'état, on peut donc admettre que la question n'est pas définitivement résolue par le Conseil d'Etat. La force des choses l'amènera nécessairement à prendre parti pour l'une ou l'autre de ces solutions qui sont en elles-mêmes inconciliables. Il serait grandement désirable que faisant fléchir son axiome d'irresponsabilité, il étendit à toutes les espèces les principes que suppose sa jurisprudence de subrogation.

III. — *Juridiction compétente*

— Si l'on admet la responsabilité de l'agent, reste à déterminer la juridiction compétente pour trancher entre lui et le service. Il va de soi que si l'on écarte la force obligatoire de l'art. 1.382 à l'égard du fonctionnaire, la juridiction administrative seule est compétente... Y a-t-il des raisons de la préférer à la juridiction judiciaire ?

M. Appleton et M. Jèze (1), favorables à la responsabilité de l'agent pour tous les faits du fonctionnaire

(1) Notes précitées.

ayant préjudicié au service, admettent très nettement la compétence de la juridiction administrative en thèse générale, pour décider entre le service et l'agent. « La compétence administrative devrait être admise sans discussion pour les actions tendant à faire reconnaître les fonctionnaires responsables envers l'administration de leurs fautes dommageables... Sans doute, lorsqu'il s'agit de la responsabilité des fonctionnaires envers les tiers, la compétence judiciaire est reconnue, mais c'est parce que la victime du dommage n'est pas liée au service public, elle est un simple particulier qui demande réparation en vertu de l'article 1.382, à un agent qui « a cessé, vis-à-vis de lui d'être couvert par son caractère officiel... entre le fonctionnaire et l'Etat la situation n'est plus la même; ce n'est plus un particulier, mais le Trésor public qui a subi le dommage ; de plus, l'action met en jeu les principes de droit qui régissent la fonction publique; elle se fonde sur les rapports réglementaires ou contractuels, de nature essentiellement administrative, que la nomination du fonctionnaire et la gestion par lui du service public font naître entre lui et son agent. »

Toutefois, et dans le cas spécial où la faute du fonctionnaire consiste dans un dommage à un tiers, M. Appleton semble admettre que l'action puisse être portée devant un tribunal judiciaire.

En réalité, il y a de très grandes raisons d'hésiter. Quelle que soit la thèse générale, c'est parce que l'administration considère l'agent comme étranger, quant au fait, au service, qu'elle l'abandonne aux tribunaux judiciaires, sur la poursuite des particuliers. Si on lui conserve cette qualité d'étranger, dans ses rapports avec le service, n'appartient-il pas, d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat, aux tribunaux judiciaires seuls de prononcer sur le dommage qu'il a causé au service.

Ce qui est très remarquable, c'est que la jurisprudence de subrogation aboutit — en fait — à cette solution.

Dans le système qu'elle a construit, d'une grande élégance, et d'une parfaite simplicité, le Conseil prononce sur le principe de la responsabilité, mais il abandonne l'appréciation de son quantum aux tribunaux judiciaires. Solution d'une logique irréprochable, puis qu'il s'agit d'une action de garantie, qui ne doit pas aboutir à accorder au service plus que ce que le Tribunal judiciaire, seul compétent pour le dire, a condamné le fonctionnaire à verser au particulier, et que, si l'indemnisation accordée par le tribunal administratif excède ce chiffre, la différence, par sa nature même, correspond, non plus à la faute de l'agent, mais à la défaillance propre du service.

CONCLUSIONS

Les conclusions à tirer de cette étude sur la responsabilité des fonctionnaires sont doubles. Elles correspondent en effet à deux points de vue distincts que l'on ne doit pas confondre sous peine d'erreur grave.

Point de vue théorique.

L'histoire nous révèle les efforts, couronnés de succès, du pouvoir pour assurer l'irresponsabilité de ses agents qu'il assimile, au début, à la sienne propre. De ces efforts naissent, sous l'ancien régime, le Conseil d'Etat, la procédure des évocations ; la confusion des pouvoirs en la personne du prince légitime ce système qui s'accompagne d'abus sans nombre.

La Révolution, individualiste de tendances, marque, dans son énorme effort de libération politique, une réaction violente contre ces abus. Pour en prévenir le retour, et en supprimer la cause, elle proclame la responsabilité des fonctionnaires et le principe de la séparation des pouvoirs où elle voit la garantie des droits individuels. Mais l'Etat considéré comme l'organe d'exécution de la loi souveraine et nécessairement bonne, demeure irresponsable. Cette irresponsabilité de l'Etat qui est en fait celle des gouvernements, réagit sur la responsabilité des fonctionnaires. Sous la pression des circonstances, sous l'empire aussi d'une tradition plus forte que ses principes, le gouvernement révolutionnaire méconnait les règles qu'il a lui-même posées. Il affirme la supériorité du pouvoir

exécutif sur le pouvoir judiciaire et subordonne la poursuite des fonctionnaires responsables à l'autorisation préalable d'un corps administratif. Pour fonder, en droit, la limitation qu'apporte à la responsabilité des agents cette garantie administrative, il invoque le principe de la séparation des pouvoirs. Il y découvre et il en fait le principe de l'indépendance absolue de l'administration vis-à-vis de la justice. Ainsi, comme nous l'avons remarqué dans cette étude, la séparation légitime ce que légitimait avant la confusion des pouvoirs, et le contraire de ce pourquoi elle a été instituée. Les gouvernements qui succèdent au gouvernement révolutionnaire héritent de ses méthodes et de son principe de la séparation des pouvoirs ; méthodes et principe commodes pour l'exercice de l'autorité, mais dangereux aux gouvernés, et qu'aggrave d'ailleurs un moindre libéralisme des institutions. En procédure, le principe de la séparation des pouvoirs est appliqué par le conflit; l'autorisation des poursuites contre les fonctionnaires attribuée au Conseil d'Etat. Telle est la force du système que, lorsqu'en 1870 est abolie cette nécessité d'autorisation, le jeu du conflit sur l'interprétation administrative de la séparation des pouvoirs la ressuscite au profit du tribunal des conflits. Pourtant, malgré cette restriction, la responsabilité des fonctionnaires, proclamée par un grand nombre de lois, ne cesse jamais d'être considérée comme un des principes de notre droit public. Parallèlement, l'irresponsabilité de l'Etat demeure intacte au travers de plusieurs révolutions politiques. Une série d'arrêts de principe posent en thèse générale que les dispositions du Code Civil sont inapplicables aux rapports des citoyens et de l'Etat. Même, une jurisprudence envahissante étend, dans ces trente dernières années, le bénéfice de cette règle à tous les services publics centralisés.

On peut donc résumer la situation théorique dans cette formule : Irresponsabilité de l'Etat et des services, responsabilité des agents.

Point de vue pratique.

Telle est la vérité théorique. Il est à peine exagéré de dire que la vérité pratique s'exprime en renversant les termes de ces deux propositions et que sa formule est : responsabilité de l'Etat et des services, irresponsabilité des agents. Elle répond à une réalité telle que M. Blum n'a pas craint de la présenter sous cette forme, dans ses conclusions à l'arrêt Lemonnier. Essayons de dégager cette réalité.

En même temps qu'il affirmait dans son intransigeante rigueur, jamais démentie, l'irresponsabilité théorique des services, le Conseil d'Etat s'efforçait d'atténuer ce que les conséquences de ce principe pouvaient avoir de trop brutal. S'autorisant d'une notion supérieure d'équité, il accordait, indépendamment de toute obligation juridique, au particulier lésé par un service, une réparation suffisante. Par une évolution progressive, étendant de proche en proche à des espèces toujours plus nombreuses l'application de ce principe d'équité, il en est venu à faire de la responsabilité des services une règle de pratique habituelle. N'y échappent que les actes de souveraineté, et, sous certaines réserves, ceux de quasi-souveraineté.

A l'égard de la responsabilité des agents publics, au contraire, la jurisprudence s'est montrée, dès l'origine et jusqu'à nos jours, nettement restrictive. Absorbant dans la fonction la personnalité du fonctionnaire, elle a créé en sa faveur une sorte de présomption générale d'irresponsabilité. De la sorte, elle a laissé le particulier sans recours, aussi longtemps que les services sont demeurés irresponsables, et substitué

leur responsabilité à celle des agents lorsque ses décisions ont admis cette responsabilité. L'irresponsabilité de l'agent ne tombe qu'autant que le particulier peut établir à la fois que le fait incriminé est une faute (droit commun) et que cette faute est détachable de la fonction (droit administratif). Telle est la portée de la distinction de la faute personnelle et de la faute de service.

Cette distinction semblait exclure le cumul possible des deux fautes, et jusqu'à ces dernières années, la jurisprudence l'avait entendu ainsi. Plus juridique et plus juste, elle est aujourd'hui revenue sur cette interprétation. Elle admet le cumul des fautes, le cumul des poursuites, mais repousse, avec raison, le cumul des réparations. Ce cumul des responsabilités donne, dans un très grand nombre de cas, au particulier lésé par la faute personnelle d'un fonctionnaire, la garantie de solvabilité des caisses publiques. Ainsi la responsabilité du service déborde infiniment la responsabilité du fonctionnaire, qu'elle couvre, et s'il est peut-être excessif d'énoncer comme règle : responsabilité du service, irresponsabilité de l'agent, — il est exact de dire : responsabilité générale du service, responsabilité exceptionnelle de l'agent.

On voit par cette dernière formule la contradiction du principe théorique et de la règle pratique. Il reste à dégager le sens et à fixer la portée de cette contradiction.

Fait remarquable. Cette question qui se pose nécessairement à la fin d'une étude de cette nature ne semble pas avoir retenu l'attention des auteurs. Le libéralisme des décisions leur a fait oublier les principes qu'elles affirment. Ils ont loué ce libéralisme, admiré les constructions juridiques, et négligé les principes comme ils eussent fait de formules de style.

Pourtant, la volonté tenace de l'Etat à les faire proclamer partout où il le croit nécessaire, et dans des espèces mêmes où il accordait à l'équité ce qu'il refusait au droit est la preuve de leur importance. Ils expriment en effet, dans leur contradiction avec la pratique, une attitude, et par eux-mêmes, une situation de droit.

L'attitude est le résultat d'une adaptation aux circonstances. Aussi longtemps que l'activité de l'Etat a été limitée aux grandes fonctions politiques, la règle de son irresponsabilité présentait, à certains points de vue du moins, peu d'inconvénients pour les gouvernés. La nature de ces fonctions, justice, police, guerre, etc..., rendait peu fréquentes les occasions de dommages, et si elles se réalisaient, le caractère de souveraineté dont ces fonctions sont empreintes faisait admettre plus facilement l'absence de responsabilité. L'accroissement des services, en multipliant les contacts de l'Etat et des particuliers, devait nécessairement multiplier les dommages, par suite les réclamations. L'Etat pouvait sans doute continuer à y opposer le moyen de son irresponsabilité, et de fait, il n'a point eu pendant longtemps d'autre attitude. Toutefois, le nombre des réclamants, cette circonstance aussi que les actes incriminés ne présentaient qu'à un faible degré, si même ils le présentaient, le caractère de souveraineté, devaient l'incliner vers des solutions moins rigoureuses. Ainsi, il a été progressivement conduit à admettre la responsabilité de ses services. Mais cette responsabilité qu'il acceptait, surtout par opportunisme politique, il se refusait à la considérer comme une obligation de droit, qui pût devenir une entrave. C'est pour cela qu'il lui a donné comme base la notion imprécise d'équité, dont l'imprécision s'accommodait au principe strict de son

irresponsabilité qu'il affirmait en même temps. Il a par suite maintenu dans toute sa force la situation de droit d'irresponsabilité qui est sa prérogative traditionnelle : l'Etat consent à être juste ; il ne veut pas y être obligé ; et il ne l'est pas.

La question ne se pose pas autrement pour les fonctionnaires. Théoriquement responsables, l'interprétation administrative du principe de la séparation des pouvoirs, en subordonnant leur poursuite à l'appréciation préjudicielle de leurs actes par un tribunal administratif, les fait participer non moins théoriquement, à l'irresponsabilité de l'Etat qu'ils servent. La faute personnelle qui, seule, peut faire tomber cette irresponsabilité ne correspond pas à un critérium juridique précis et ne relève que de l'appréciation parfaitement arbitraire du tribunal des conflits.

Quelles que soient donc les justes décisions rendues dans telle ou telle espèce, il faut observer qu'en droit strict (1) la décision contraire était possible. C'est d'ailleurs pour rendre possibles de telles décisions que le système tout entier a été construit, et soustrait à l'application du droit. C'est aussi ce que nous lui reprocherons.

L'équité du tribunal des conflits nous rend une partie de ce que nous avait enlevé sa trop habile interprétation du décret de 1870. Profitons de ce qu'il nous donne, mais n'oublions pas qu'il a fait de nous des usagers dans une matière où nos titres et notre sûreté nous permettent de réclamer autre chose qu'une tolérance de faits.

---

(1) Dans le système admis d'interprétation du principe de la séparation des pouvoirs.

PROJETS DE LOIS

L'échec fait par la jurisprudence du tribunal des conflits au décret de 1870 ne pouvait laisser indifférent le législateur. En présence de la situation ainsi créée, il essaya de réagir (1). En 1878 et 1879, trois propositions de lois furent déposées, qui tendaient à la fois à restreindre les applications de la doctrine établie par la pratique, et à enlever au tribunal des conflits la connaissance de ces cas.

Ce dernier point est à noter : il semble que les auteurs des projets entendaient, non seulement protester contre la jurisprudence de ce tribunal, mais encore lui contester même la légitimité du rôle qu'il s'était attribué. Nous l'avons dit en effet : en réalité, depuis 1873, il juge le fond, alors qu'il ne doit être qu'un régulateur de compétences.

La première proposition fut déposée sur le bureau de la Chambre, en 1878, par M. Versigny et un certain nombre de ses collègues. L'exposé des motifs reprochait à l'administration d'avoir, par le tribunal des conflits, triomphé du décret de 1870. Il critiquait surtout la décision Viette (affaire du « Bulletin des Communes ») « négation formelle du droit d'un citoyen lésé par l'acte ou le fait d'un fonctionnaire, d'en exiger réparation. »

---

(1) Cf. sur tous les points. Depaule. Thèse, 207 et s.

Cette proposition contenait deux articles. Le premier concernait les fonctionnaires administratifs, le second, les magistrats et les ministres des cultes, auxquels il enlevait le bénéfice des dispositions du code de procédure (510 et s.) et de la loi du 18 Germinal An X.

Nous ne retiendrons que le premier. Il était ainsi formulé : « Lorsque, dans le cas prévu par l'art. 1382 du Code Civil, le préjudice résulte d'un acte administratif, le tribunal examinera s'il y a eu abus de pouvoir ou faute et, en cas d'affirmative, condamnera le fonctionnaire à le réparer. Si toutefois l'autorité administrative revendique la responsabilité de l'acte, la réparation du préjudice pourra être prononcée par le tribunal contre l'Etat. » (J. Off. 1879. Juillet-Août, p. 6.395).

Ce texte était défectueux dans sa rédaction : tout abus de pouvoir est nécessairement une faute, et il n'y a pas lieu de disjoindre les deux hypothèses. De plus, il était incomplet, ne précisant pas comment l'autorité administrative ferait sa revendication. Sans doute, il voulait prohiber le conflit, mais il ne le disait pas. Imprécis dans sa pensée et dans sa forme, il fut cependant pris en considération par la Chambre en 1879. (J. Off. 1879, Janvier-Février, p. 505).

Quelques mois plus tard (J. Off. Juillet-Août 1878, p. 6.395) une autre proposition de loi fut présentée à la même Assemblée par M. Saint-Martin. L'article premier affirmait le droit pour les tribunaux judiciaires de connaître sans pouvoir être dessaisis « des actions en réparation de dommages causés à un particulier par les actes illégaux ou arbitraires que les fonctionnaires publics de tout ordre ont accomplis dans l'exercice de leurs fonctions ». L'article deuxième exonérait

les fonctionnaires « de toute responsabilité civile, lorsque l'acte aurait été accompli par eux dans la limite des attributions dont ils sont investis par la loi et qu'il dériverait d'une erreur excusable d'administration. Dans le cas où cette question préjudicielle serait élevée, les tribunaux devraient surseoir au jugement jusqu'à ce qu'elle ait été résolue par le Conseil d'Etat statuant au contentieux, et fixer un bref délai après lequel il serait passé outre, si le fonctionnaire n'avait pas justifié de ses diligences ». Il disposait enfin « qu'il n'y aurait pas lieu à indemnité ni à sursis quand le dommage aurait pour cause une infraction à la loi pénale, une usurpation de pouvoir ou toute autre cause de droit commun ». D'autres articles supprimaient le recours pour abus, abolissaient la prise à partie, et restreignaient la portée des art. 479 et 483 du Code I. C.

Cette proposition était supérieure à la précédente en ce qu'elle organisait la procédure destinée à retirer aux tribunaux la connaissance des actes administratifs. Le fonctionnaire aurait eu l'initiative de la demande d'interprétation. Chose à noter, et singulier retour à la législation de l'An VIII que les auteurs du projet ne recherchaient certes point, et singulièrement révélatrice de leur défiance à l'égard du tribunal des conflits, le Conseil d'Etat avait la charge de la qualification.

La proposition Saint-Martin, prise en considération par la Chambre, ne vint jamais en discussion.

Une troisième proposition, due à la collaboration de deux sénateurs, M. Bozerian et M. Herold, ce dernier l'un des rédacteurs du décret de 1870, fut déposée sur le bureau de la Haute-Assemblée presque dans le même temps (J. Off. 1879. Mai et Juin, p. 9.552).

Son texte complétait ainsi le décret de 1870 : « Lorsque les tribunaux seront saisis d'actions dirigées contre des fonctionnaires à raison d'actes illégaux ou arbitraires accomplis par eux dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions, si le caractère administratif de ces actes est allégué, les parties seront renvoyées à se pourvoir au préalable devant le Conseil d'Etat. La section du contentieux de ce Conseil appréciera le caractère de ces actes. Lorsque ces actes auront été reconnus constituer des actes administratifs, et auront été déclarés illégaux ou arbitraires, l'action reprendra son cours, conformément aux règles du droit commun. »

La caractéristique de ce texte était l'attribution aux tribunaux judiciaires, non seulement des fautes de l'agent, mais encore des actes administratifs entachés d'illégalité. (Cf. le rapport de M. Cherpin). C'était le renversement de la jurisprudence adoptée par le tribunal des conflits (aff. Laumonnier c/ Carriol). On voit qu'ici encore ce tribunal était dessaisi au profit du Conseil d'Etat.

On peut donner, en quelques mots, de ces diverses propositions une appréciation d'ensemble inspirée d'un même sentiment de réaction contre la jurisprudence du tribunal des conflits. Elles témoignent, quant au fond, de la timidité de leurs auteurs. Ceux-ci n'osaient toucher à la conception administrative de la séparation des pouvoirs ; bien mieux, par la dévolution du préjudiciel au Conseil d'Etat, ils marquaient une régression. Quant à la forme, elle en est insuffisante et vague, indécise comme la pensée qu'elle exprime. Elle assemble pêle-mêle, faute, abus de pouvoir, illégalité, arbitraire, sans souci de la valeur technique des mots.

Aucune de ces propositions ne fut transformée en loi. Le parti qui les avait formulées avait conquis le

pouvoir. Sa doctrine introduisit un libéralisme relatif dans l'administration, dont au demeurant personne ne contestait plus la victoire, passée en fait accompli.

Lorsqu'en 1889, M. Cunéo d'Ornano voulut reprendre en son nom à la Chambre des Députés la proposition Versigny, il se vit refuser la prise en considération (J. Off. Mars-Avril 1889, p. 723).

TABLE GÉNÉRALE

AVANT-PROPOS

I. — ANCIEN DROIT

P. 17. — L'existence d'un régime spécial de responsabilité remonte à l'ancienne Monarchie. Conforme au droit public du temps, il a subsisté dans le droit créé par la Révolution. L'histoire seule peut expliquer ce maintien.

P. 18. — Idée générale qui a conduit l'ancienne Monarchie à l'établissement de juges spéciaux pour les affaires intéressant la Couronne ou ses agents.

P. 22. — Organisation et fonctionnement du système. Conseil du Roi, Intendants, Pratiques de dessaisissement.

P. 32. — Valeur des pratiques suivies.

P. 35. — Les résultats. L'opinion. Les Cahiers des Etats Généraux.

II. — DROIT INTERMÉDIAIRE

P. 43. — Les idées politiques du XVIII[e] siècle. Liberté et séparation des pouvoirs.

P. 60. — Expression de ces idées dans la législation révolutionnaire.

P. 68. — La crainte, historiquement fondée, de l'envahissement des juges, conduit le législateur révolutionnaire à des lois de protection pour les administrateurs.
P. 87. — L'évolution de la séparation des pouvoirs. Du principe de Montesquieu à l'interprétation de l'an III.

III. — L'ARTICLE 75 DE LA CONSTITUTION DE L'AN VIII

P. 95. — L'article 75. Son objet. Dispositions complémentaires.
P. 97. — Portée de l'article, quant aux personnes, quant aux actes, quant aux poursuites.
P. 111. — Nature de la garantie.
P. 113. — Survivance de l'article 75 à la Constitution de l'An VIII.
P. 117. — Projets de loi tendant à son abrogation.
P. 120. — Appréciation de l'article 75.

IV. — LE DÉCRET DU 19 SEPTEMBRE 1870

P. 133. — Le décret du 19 Septembre 1870.
P. 135. — La première interprétation du décret.
P. 150. — L'interprétation du tribunal des conflits. Arrêt Pelletier. 26 Juillet 1873.
P. 160. — Examen et discussion de l'arrêt Pelletier.
P. 160. — L'arrêt se couvre de la théorie des actes de gouvernement.
P. 162. — Distinction de la garantie personnelle et de la garantie réelle. Sa valeur.
P. 170. — Argument tiré de la loi du 24 Mai 1872.

P. 173. — Les conséquences de l'arrêt condamnent son interprétation du décret.

P. 178. — Cette interprétation est contraire à l'esprit et à la lettre du texte.

P. 180. — Opinions sur l'arrêt Pelletier.

P. 184. — Appréciation du rôle du Tribunal des Conflits.

V. — LE DROIT ACTUEL

I

P. 195. — *Faute personnelle et faute de service.*

P. 198. — Formule pratique de la faute détachable de l'acte administratif.

P. 203. — Formule de l'acte administratif, d'après le Tribunal des Conflits. Arrêt du 5 Novembre 1880.

P. 213. — L'annulation de l'acte administratif n'a pas pour effet nécessaire d'en faire un fait personnel ou même une faute de service.

II

P. 214. — *Applications jurisprudentielles.*

P. 251. — La jurisprudence et le critérium de la faute. L'ordre du supérieur.

P. 253. — Du cas où le fait reproché au fonctionnaire constitue un délit pénal.

VI. — RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATION EN CAS DE FAUTE PERSONNELLE DU FONCTIONNAIRE. — DU CUMUL DES RESPONSABILITÉS.

P. 265. — La distinction de la faute personnelle et de la faute de service aboutit classiquement en jurisprudence et en doctrine à celle des cas de responsabilité du service et de l'agent. Ces responsabilités ne se cumulent pas.

P. 266. — Cette absence de cumul est critiquable en équité et contestable en droit.

P. 276. — Du cumul des responsabilités. Premières réactions en jurisprudence.

P. 286. — Arrêt Lemonnier. 26. Juillet 1918. Sa portée.

P. 293. — La jurisprudence postérieure n'a pas mis en cause les principes de l'arrêt de 1918. Elle les a, au contraire, à diverses reprises, formulés à nouveau.

P. 304. — Jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de Cassation. Arrêt de conflit du 11 Juillet 1933.

P. 306. — Les réparations dans la théorie du cumul Les actions se cumulent, non les indemnités. Des procédés admis par la jurisprudence pour empêcher le cumul : garantie, subrogation.

P. 310. — Expression pratique du système actuel.

P. 312. — Rapports de l'agent et du service.

P. 331. — Conclusions.

P. 337. — Projets de lois.

BIBLIOGRAPHIE

RECUEILS DE TEXTES

Rappelons simplement pour mémoire qu'un très grand nombre de textes figurent aux recueils de jurisprudence DALLOZ, SIREY, GAZETTE DU PALAIS, etc....

Le Répertoire de DALLOZ contient également de nombreux textes antérieurs à sa publication (1846-1864).

A côté d'eux, il y a lieu de citer, soit pour le droit ancien, soit pour le droit révolutionnaire, soit pour le droit constitutionnel et administratif français et étranger, divers Recueils et Collections plus ou moins spécialisés.

DALLOZ : *Code des Lois Politiques et Administratives annotées.* (5 vol. et 1 sup. 1888-1905).

DALLOZ : *Petit Code Administratif.* (2 vol.).

DUGUIT et MONNIER : *Les Constitutions et les principales Lois Politiques de la France depuis* 1789. (Pichon et Durand, Augias).

DELPECH : Code Administratif. (Sirey. 1927). Avec suppléments.

DUFAU, DUVERGIER et GUADET : *Collection des Constitutions, Chartes et Lois Fondamentales des peuples de l'Europe et des deux Amériques.* (5 vol. Pichon et Didier. 1830).

DUVERGIER : *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements, Avis du Conseil d'Etat.* (à partir de 1788).

ISAMBERT : *Recueil Général des Anciennes Lois Françaises depuis l'An 420 jusqu'à la Révolution de 1789.* (29 vol. et 1 table).

E. LAFERRIÈRE et P. BATBIE : *Les Constitutions d'Europe et d'Amérique.* (Paris 1869. Cotillon. Lib. du C. d'E.).

B. MIRKINE-GUETZEVITCH : *Les Constitutions de l'Europe Nouvelle.* (Paris. Delagrave. 1928).

DELPECH et J. LAFERRIÈRE : *Les Constitutions Modernes.*

OUVRAGES

ALIBERT : *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir.* (Payot. 1926).

APPLETON : *Traité élémentaire du contentieux administratif.* (1927).

Marquis D'ARGENSON : *Considérations sur le gouvernement ancien et présent de la France.* (Amsterdam. 1765).

ARTUR : *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions.* (1905).

AUCOC : *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'Ecole Impériale des Ponts-et-Chaussées.* (Dunod. 3 vol. 1869.1876).

AUCOC : *Le Conseil d'Etat avant et depuis 1789, ses transformations, ses travaux et son personnel.* (1876).

AULARD : *Histoire politique de la Révolution Française.* (4e *éd. Colin.* 1909).

J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ : *Traité élémentaire de droit constitutionnel.* (Dalloz. 1926).

J. BARTHÉLÉMY. — *Précis de droit constitutionnel* (Dalloz. 1932).

J. BARTHÉLÉMY : *Le gouvernement de la France.* Payot. 1924).

BATBIE : *Traité théorique et pratique de droit public et administratif.* (Larose et Forcel. 2e éd. 8 vol. 1885-1886).

A. BAYET et F. ALBERT : *Les écrivains politiques du XVIIIe siècle.* (2e éd. Colin, 1917).

A. BAYET et F. ALBERT : *Les écrivains politiques du XIXe siècle.* (Colin. 1907).

James M. BECK : *La constitution des Etats-Unis.* (Colin. 1923).

H. BERTHELEMY : *Traité élémentaire de droit administratif* (9e éd. Rousseau. 1920).

BEUDANT : *Le droit individuel et l'Etat.* (Rousseau, 1891).

BODIN : *Les Six Livres de la République.* (4e édit.).

BONNARD : *Précis élémentaire de droit administratif.* (Sirey. 1926 et supplément 1930).

BONNARD : *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit comparé.* (Delagrave. 1934).

BONNARD : *De la responsabilité des personnes publiques et de leurs agents, en Angleterre, aux Etats-Unis et en Allemagne.* (Giard et Brière. 1914).

BOSSUET : *Politique tirée des propres paroles de l'Ecriture Sainte.* (à Versailles. Imprimerie Lebel. 1818).

BOULEN : *De la responsabilité envers les particuliers des fonctionnaires administratifs autres que les ministres.* (Thèse. Rennes, 1902).

LE BRET : *Œuvres de Messire Le Bret (De la Souveraineté du Roi).* (Paris. 1635. pet. in-fol.).

BURLAMAQUI : *Principes du droit naturel.* (Genève. 1748).

BURLAMAQUI : *Principes ou éléments du droit politique.* (Lausanne. 1789).

H. CARRÉ : *La Mise en vacance des Parlements.* Hachette (1912).

CARRE DE MALBERG : *Contribution à la théorie générale de l'Etat.* (2 vol. Sirey).

Edme CHAMPION : *La France d'après les cahiers de 1789.* (5e éd. Colin. 1921).

CHERUEL : *Histoire de l'administration monarchique en France, depuis l'avènement de Philippe-Auguste jusqu'à la mort de Louis XIV.* (Dezobry. 2 vol. 1855).

DE CORMENIN : *Questions de droit administratif.* (2 vol. 3e éd. 1826).

Pierre COT : *La responsabilité civile des fonctionnaires publics.* (Thèse. Pichon et Durand-Augias. 1922).

CUCHE : *En lisant les juristes philosophes* (de Gigord. 1919).

C. DARESTE DE LA CHAVANNE : *Histoire de l'Administration monarchique en France, depuis l'avènement de Philippe-Auguste jusqu'à la mort de Louis XIV* (Guillaumin. 1848).

DARESTE : *La Justice administrative en France* (1862).

DOBY : *Recours des Administrations publiques contre les tiers responsables d'accidents survenus à leurs agents* (Thèse. Paris. 1931).

DUCROCQ : *Cours de Droit administratif et de la Législation française des Finances* (7e éd. 7 vol. Fontemoing).

DUFOUR : *Traité général de droit administratif appliqué* (Paris, 1re éd. 4 vol. 1843-1845) (2e éd. 7 vol. 1854-1857).

DUGUIT : *Traité de droit constitutionnel* (1re éd. 1911. 2 vol. — 2e éd. 1923. 4 vol.).

A. ESMEIN : *Eléments de droit constitutionnel français et comparé* (7e éd. revue par Nézard. 1921).

A. ESMEIN : *Cours élémentaire d'histoire du droit français* (9e éd. Sirey. 1908).

Paul ESMEIN : *Des obligations.* 1er volume du tome VI du « Traité pratique de droit civil français », de PLANIOL et RIPERT (14 vol. 1925-1934).

ESPINAS : *La Philosophie sociale du XVIIIe siècle et la Révolution* (Alcan, 1898).

GARNER : *Idées et Institutions politiques américaines* (Giard, 1921).

GARSONNET et CÉZAR-BRU : *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale* (3e éd. 1912).

Baron de GIRARDOT : *Essai sur les Assemblées provinciales et en particulier sur celle du Berry* (1778-1790) (Bourges et Paris. 1845).

FÉRAUD-GIRAUD : *Code de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire et des conflits d'attribution* (2 tomes. Durand et Pedone-Lauriel. 1892).

DE GIRARD DU HAILLAN : *De l'Etat et succès des affaires de France. Privilège de* 1594.

Daniel HALEVY : *Décadence de la liberté* (Grasset. 1931).

Maurice HAURIOU : *Précis de droit administratif et de droit public* (8e éd. 1914. 1 vol. — 10e éd. 1921. 1 vol. — 11e éd. 1927. 2 fascicules).

Maurice HAURIOU : *Précis de droit constitutionnel* (Sirey. 1923. 2 fascicules).

HENRION DE PANSEY : *Œuvres judiciaires* (Paris. 1843).

JACQUELIN : *Les principes dominants du contentieux administratif* (Giard et Brière. 1899).

JÈZE : *Les principes généraux du droit administratif* (3e éd. 1925-1930. 3 vol. Giard).

LABOULAYE : *L'Etat et ses limites* (4e édition. Charpentier. 1868).

LABOULAYE : *Histoire des Etats-Unis. La constitution des Etats-Unis* (Guillaumin. 1867).

E. LAFERRIÈRE : *Rivalité des Parlements avec les Intendants et le Conseil du Roi* (Paris. Lacroix. 1866).

É. LAFERRIÈRE : *Traité de juridiction administrative et des recours contentieux* (2e éd. 1896. 2 tomes. Berger-Levrault).

F. LAFERRIÈRE : *Histoire des principes, des institutions et des lois pendant la Révolution française depuis 1789 jusqu'à* 1804 (2e éd. Librairie de jurisprudence de Cotillon. 1851-1852).

LAVALLÉE : *Histoire des Français depuis le temps des Gaulois jusqu'en* 1830 (3e éd. Charpentier. 1842).

E. LAVISSE : *Histoire de France depuis les origines jusqu'à la Révolution* (Hachette).

Lawrence LOWELL : *Le gouvernement de l'Angleterre* (Bibl. Inter. de Dr. pub. 2 vol. 1910).

LOCKE : *Du gouvernement civil* (à Bruxelles. 1754).

De LOLME : *Constitution de l'Angleterre* (Nouvelle édition. 2 vol. 1789. Genève et Paris).

MATHIEZ : *La Révolution française* (3 vol. Colin. 1924-1927).

STUART MILL : *Le Gouvernement représentatif* (trad. et intr. par Dupont Withe. Guillaumin. 1862).

MIRABEAU : *Mirabeau, sa vie, ses opinions et ses discours*, par Vermorel (édition de la Bibliothèque Nationale).

MONTESQUIEU : *Œuvres complètes* (Didot. 1837). — *Esprit des lois* (Garnier. 1874).

MOREAU : *Le Règlement administratif* (Fontemoing).

MOREAU : *Précis élémentaire de droit constitutionnel* (9e éd. Sirey. 1921).

LE MOY : *Remontrances du Parlement de Bretagne au XVIIIe siècle* (Champion. 1909).

De NESMES-DESMARETS : *De la responsabilité des fonctionnaires de l'ordre administratif et judiciaire envers les particuliers* (Thèse. Montpellier. 1910).

OLIVIER-MARTIN : *Précis d'histoire du droit français* (Dalloz. 1932).

PAGÈS : *La Monarchie d'Ancien Régime en France* (de Henri IV à Louis XIV) (Colin. 1928).

PERREAU : *De la responsabilité civile et pénale des fonctionnaires en droit romain. De la responsabilité envers les particuliers des fonctionnaires administratifs autres que les Ministres* (Thèse. Bordeaux. 1894).

Casimir PÉRIER : *L'article 75 de la Constitution de l'An VIII sous le régime de la Constitution de 1852.* (Harmand. Le Chevalier. 1867).

RÉGNIER : *De la responsabilité des agents administratifs vis-à-vis de l'Etat* (Berger-Levrault. 1900).

RENARD : *Cour élémentaire de droit public* (Sirey. 1922).

Félix ROCQUAIN : *Etudes sur l'Ancienne France. Mœurs. Histoire. Institutions* (Didier. 1875).

ROLLAND : *Précis de droit administratif* (Dalloz. 1re éd. 1926. — 3e éd. 1930).

J.-J. ROUSSEAU : *Contrat social ou principes du droit politique* (Dernière édition revue par l'auteur. 1766).

SÉE : *L'Evolution de la pensée politique en France au XVIIIe siècle* (Giard. 1925).

SÉE : *La France économique et sociale au XVIIIe siècle* (Colin. 1925).

Jules SIMON : *La liberté politique* (5e édition revue. Hachette. 1881).

J.-B. SIREY : *Du Conseil d'Etat selon la charte constitutionnelle ou notions sur la justice d'ordre politique et administratif* (Paris. 1818).

Albert SOREL : *Montesquieu* (2e éd. Hachette. 1889).

G. TEISSIER : *De la responsabilité de la puissance publique* (Paris. Dupont. 1906).

De TOCQUEVILLE : *De la démocratie en Amérique* (5e édition. Paris. Ch. Gosselin. 1836. 2 tomes).

De TOCQUEVILLE : *L'Ancien Régime et la Révolution* (2e édition. Michel Lévy. 1856).

TOULLIER : *Le droit civil français* (5e édition. Paris. 1830. 1834. 15 vol.).

TROTABAS : *Constitution et gouvernement de la France* (Collin. 1930).

VATTEL : *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (Edition Pradier-Fodère. 3 vol. Guillaumin. 1863).

P. VIOLLET : *Histoire du Droit civil français* (2e éd. 1893. Larose et Forcel).

P. VIOLLET : *Histoire des institutions politiques et administratives de la France* (t. 3e et dernier. Période française. Moyen-âge. Larose. 1903).

P. VIOLLET : *Le Roi et ses Ministres pendant les trois derniers siècles de la monarchie française* (Sirey. 1912).

Louis VIAN : *Histoire de Montesquieu. Sa vie et ses œuvres.* Préface de LABOULAYE (Didier. 1878).

Georges WEILL : *Les théories du pouvoir royal pendant les guerres de religion* (Hachette. 1891).

OUVRAGES SANS NOM D'AUTEUR

Maximes du droit public français (2e éd. Amsterdam. 1775) (2 tomes en un volume). Attribué à l'Abbé Claude MEY. Augmenté par MAULTRAT, AUBRY et autres.

Résumé général ou extrait des cahiers des pouvoirs, instructions, demandes et doléances, remis par les divers baillages, sénéchaussées et pays d'Etat du Royaume, à leurs députés à l'Assemblée des Etats Généraux, ouverte à Versailles le 4 mai 1789. Par une Société de Gens de Lettres (3 tomes en deux volumes. 1789).

Dernières vues de politique. — Sur la Constitution française du 22 Frimaire An VIII (page de garde manque). Ouvrage contemporain.

REPERTOIRES ET DICTIONNAIRES

BEQUET : *Répertoire du droit administratif* (28 vol. Dupont. 1882. 1911).

BLANCHE : *Dictionnaire général d'administration* (Dupont. 1884).

CHERUEL : *Dictionnaire historique des institutions, mœurs et coutumes de la France* (2 vol. Hachette. 1855).

législation de doctrine et de jurisprudence (44 vol.

DALLOZ : *Répertoire méthodique et alphabétique de* 1846. 1864. — Le premier volume historique, et table chr. 1870-1873. — *Supplément au répertoire* (19 vol. 1887-1897). — *Répertoire pratique* (12 vol. et supplément : 3 volumes).

DENISART : *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle* (4e éd. 3 vol. Paris. 1765. 2 supp. 1768 et 1771).

FUZIER-HERMANN : *Répertoire.*

MARION : *Dictionnaire des institutions de la France aux XVIIe et XVIIIe siècles* (Picard. 1923).

MERLIN : *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence.* (5e éd. 1827-1828. 18 vol.)

MERLIN : *Question de Droit* (1827-1830. 8 vol. Paris).

M.D.P.D.C. : *Dictionnaire portatif de jurisprudence et de pratique* (1763. 3 vol.).

REVUES

COMMAILLE : *Répertoire général pratique de jurisprudence et de législation.* Publication mensuelle (16e année. cité : Comm.).

DALLOZ : *Recueil périodique et critique*, depuis 1845. Comprend, depuis 1924, le *Recueil Hebdomadaire* (cité : D. H.) et le *Recueil* proprement dit, mensuel (cité D.).

GAZETTE DU PALAIS : Journal quotidien et Recueil mensuel (cité G. P.), depuis 1881.

GAZETTE DES TRIBUNAUX.

RECUEIL DES ARRÊTS DE LA COUR DE RENNES.

RECUEIL DES ARRÊTS DU CONSEIL D'ETAT, depuis 1821. Trimestriel (fondé par MACAREL et continué par LEBON. Cit. parfois sous ces noms : MAC, LEB et généralement aujourd'hui : *Rec.*).

REVUE DU DROIT PUBLIC ET DE LA SCIENCE POLITIQUE (depuis 1894, trimestriel. Cité R.D.P.).

SIREY : *Recueil général des lois et arrêts*, depuis 1800 (mensuel. Cité S.). Il existe une refonte en 20 volumes de la période 1791-1900.

Vu :

Le Président,

CAVARÉ.

Vu : Le Doyen.

L'assesseur faisant fonction.

J. THÉLOHAN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur,

DAVY.

ADDITIONS

Postérieurement à l'achèvement de ce travail, diverses décisions ont été rendues, ou publiées, qu'il nous a paru utile de rapporter, en les rattachant à la rubrique à laquelle elles correspondent.

Ch. V. — Droit actuel. — Sur la distinction de la faute personnelle et de la faute de service (p. 195) et les limites de la compétence de l'autorité judiciaire : Cass. Civ. 12 nov. 1934, G. P. janv. 1935, p. 65, ESCOFFIER.

L'arrêt décide, à propos, d'une instance en restitution dirigée contre un agent du Bureau des Céréales pour sommes prétendues indûment perçues à titre de courtage sur des farines à livrer, que l'arrêt de la Cour d'Appel critiqué n'a pas donné de base légale à sa décision en omettant de préciser : « si la perception des sommes faisant l'objet du litige constituait un fait d'initiative personnelle commis soit en dehors des fonctions, dont il était normalement investi, soit même à la faveur de ces fonctions, mais en vue de se procurer à lui-même ou de procurer à autrui un bénéfice frauduleux et pouvait justifier par suite la compétence des tribunaux judiciaires, ou si... cette perception, effectuée sans aucun intérêt personnel et direct, sous le contrôle et à la connaissance de l'administration dont il était l'agent, rentrait dans l'exercice normal de ses fonctions, dont elle ne pouvait se détacher et échappait en conséquence à l'appréciation de ces tribunaux. »

Ch. V. — Applications jurisprudentielles : Voies de fait (p. 214).

Constitue une voie de fait de la compétence de l'autorité judiciaire et de nature à permettre une action en dommages intérêts la saisie d'un journal opérée sur l'ordre d'un préfet (Trib. civ. de Versailles, 14 déc. 1934, de Boisfleury c/ Bonnefoy-Sibour, G. P. 1935. 1.107 et note).

Ibid. Du cas où le fait reproché au fonctionnaire constitue un délit pénal (p. 253).

Cass. Ch. Cr. 16 fév. 1934. G. P. 34, p. 369, d'Achon.

Accident mortel causé par un aviateur militaire atterrissant sans raison valable sur un terrain d'aviation concédé par l'autorité militaire à une société civile et dans un cas où ce terrain ne pouvait être considéré comme piste de secours. La Cour a retenu la responsabilité : « si le principe de la séparation des pouvoirs fait défense aux tribunaux de connaître des actes de l'Administration, il ne s'ensuit pas que les tribunaux correctionnels ne puissent être valablement saisis conformément à l'art. 3 C. Ins. Cr. de la connaissance de l'action civile à raison des délits ou contraventions imputés à un militaire hors du service qui lui était commandé, et lorsque le fait poursuivi loin de se confondre avec le service, s'en détache, comme dans l'espèce, nettement. »

Un arrêt de la Ch. Crim. du 8 juin 1934, G. P. 34. 2.458, Mayer c/ Kraencker, statuant dans une espèce de blessure par imprudence causée par une voiture de pompiers, semble se rapprocher de la jurisprudence inaugurée par le Tribunal des conflits à l'arrêt Subra du 11 juillet 1927. « Attendu, dit-il, que si les Tribunaux de l'ordre judiciaire sont compétents pour statuer sur les actions exercées contre les agents des services

publics, à raison des infractions par eux commises dans l'exercice de leurs fonctions, c'est à la condition que le fait incriminé constitue une faute personnelle de l'agent et qu'il n'en peut être ainsi d'un fait de service accompli en conformité d'un règlement administratif ». Dans l'espèce, les faits de la cause et spécialement le règlement municipal donnant la priorité de passage aux voitures de pompiers, paraissaient bien exclusifs, non seulement de toute responsabilité du conducteur, mais encore de toute responsabilité du service. Ce qui rend obscur la pensée de la Cour, c'est l'expression « faits de service » dont elle use comme d'un moyen d'exonération.

Ch. VI. — Jurisprudence de la Ch. Crim. (p. 304).

Le 27 nov. 1933, le Tribunal des Conflits — Verbanck c/ Le Beguec et autres, S. 34.3.37, note Alibert — a rendu un arrêt qui contredit à celui du 11 juillet 1933 et condamne la jurisprudence de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation. Statuant sur l'action introduite devant le Tribunal correctionnel de Guingamp contre l'Ingénieur en Chef des Ponts et Chaussée du département des Côtes-du-Nord, pour faire déclarer l'Etat civilement responsable, par application des art. 1382-1383 et 1384 du Code civil, du dommage résultant du délit d'homicide involontaire dont un préposé de l'administration des Ponts et Chaussées se serait rendu coupable au cours de l'exécution de son service, le Tribunal des Conflits a annulé la procédure « mais seulement en ce qui concerne l'appel en cause de l'Etat. »

Par une circonstance, qui n'est probablement pas fortuite, il s'exprime en des termes qui rappellent ceux de l'arrêt Blanco : « ... considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il

emploie dans le service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code Civil; que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue, qu'elle a ses règles spéciales, qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés; que dès lors, aux termes des lois susvisées (l'arrêt vise les art. 319 et 320 C. Pén. art. 3 C. Ins. Cr., loi des 16-24 août 1790, 16 Fructidor an III, ordonnance du 1er juin 1828) l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître. » V. la note de M. Alibert.

Dans le même sens, Conseil d'Etat 9 février 1934, Mabille S. 1934.3.33/34 et R. D. P. 1934 P. 130 et s:

Rapprocher Conseil d'Etat 7 février 1934. Rappine *La Loi*, 25 septembre 1934, G. P. 1934.2.53 (sommaire). Le C. d'Etat se déclare compétent pour statuer sur une demande d'indemnité dirigée contre une commune à raison des blessures faites par un garde champêtre qui a fait un usage inconsidéré de son revolver. (espèce analogue à Motsch c/ la Ville de Sarreguemines, où la Ch. Cr. a affirmé la compétence judiciaire et l'application de l'art. 1382).

Imprimeries Réunies — Rennes.